Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

ANNUAIRE

Volume XXV : 1994

NATIONS UNIES
New York, 1996

NOTE

Les cotes des documents 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/1994

PUBLICATION DES NATIONS UNIES
Numéro de vente : F.95.V.20
ISBN 92-1-233297-8
ISSN 0251-4257

TABLE DES MATIÈRES

Pages

INTRODUCTION vii

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

VINGT-SEPTIÈME SESSION (1994)

A. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-septième session (New York, 31 mai-17 juin 1994) (A/49/17) . 3

B. Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) : extrait du rapport du Conseil du commerce et du développement sur la première partie de sa quarante et unième session (TD/B/41(1)/14, vol. I) 32

C. Assemblée générale : rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-septième session : rapport de la Sixième Commission (A/49/739) 33

D. Résolutions 49/54 et 49/55 de l'Assemblée générale, en date du 9 décembre 1994 33

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

I. PASSATION DES MARCHÉS

A. Rapport du Groupe de travail du nouvel ordre économique international sur les travaux de sa seizième session (Vienne, 6-17 décembre 1993) (A/CN.9/389) 39

B. Document de travail soumis au Groupe de travail du nouvel ordre économique international à sa seizième session : passation des marchés : projets de dispositions législatives types sur la passation des marchés de service 58

C. Rapport du Groupe de travail du nouvel ordre économique international sur les travaux de sa dix-septième session (New York, 14-25 mars 1994) (A/CN.9/392) 61

D. Document de travail soumis au Groupe de travail du nouvel ordre économique international à sa dix-septième session : projet d'amendements à apporter à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux pour y incorporer les marchés de services (A/CN.9/WG.V/WP.40) 92

E. Projet d'amendements au Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux : note du Secrétariat (A/CN.9/394) 113

II. GARANTIES ET LETTRES DE CRÉDIT STAND-BY

A. Rapport du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux sur les travaux de sa vingtième session (Vienne, 22 novembre-3 décembre 1993) (A/CN.9/388) 119

B. Document de travail soumis au Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux à sa vingtième session : nouvelle révision du projet de Convention : articles premier à 17 : note du Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.80) 135

C. Rapport du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux sur les travaux de sa vingt et unième session (New York, 14-25 février 1994) (A/CN.9/391) 140

Pages

III. ÉCHANGES DE DONNÉES INFORMATISÉES (EDI)

A. Rapport du Groupe de travail sur les échanges de données informatisées (EDI) sur les travaux de sa vingt-sixième session (Vienne, 11-22 octobre 1993) (A/CN.9/387) 157

B. Documents de travail soumis au Groupe de travail sur les échanges de données informatisées à sa vingt-sixième session 182

1. Projet de règles uniformes sur les aspects juridiques de l'échange de données informatisées et moyens connexes de communication de données commerciales : note du Secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.57) 182

2. Proposition du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord : note du Secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.58) 192

C. Rapport du Groupe de travail sur les échanges de données informatisées (EDI) sur les travaux de sa vingt-septième session (New York, 28 février-11 mars 1994) (A/CN.9/390) 195

D. Document de travail soumis au Groupe de travail sur les échanges de données informatisées à sa vingt-septième session : articles révisés du projet de règles uniformes sur les aspects juridiques de l'échange de données informatisées (EDI) et des moyens connexes de communication des données (A/CN.9/WG.IV/WP.60) 216

IV. ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL

Projet de directives pour les conférences préliminaires dans le cadre des procédures arbitrales : rapport du Secrétaire général (A/CN.9/396 et A/CN.9/396/Add.1) 223

V. TRAVAUX FUTURS POSSIBLES

A. Aspects juridiques du financement par cession de créances : rapport du Secrétaire général (A/CN.9/397) 243

B. Aspects transnationaux de l'insolvabilité : rapport sur le Colloque CNUDCI-INSOL relatif aux aspects transnationaux de l'insolvabilité : note du Secrétariat (A/CN.9/398) . 254

C. Projets de construction, exploitation, transfert : note du Secrétariat (A/CN.9/399) 257

VI. PAIEMENTS INTERNATIONAUX

A. Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux : note du Secrétariat (A/CN.9/384) 259

B. Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux : note du Secrétariat (A/CN.9/386) 265

VII. RESPONSABILITÉ DES EXPLOITANTS DE TERMINAUX DE TRANSPORT

Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international : note du Secrétariat (A/CN.9/385) 271

VIII. COORDINATION DES TRAVAUX

Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires : rapport du Secrétaire général (A/CN.9/395) 277

IX. ÉTAT DES TEXTES DE LA CNUDCI

A. État des conventions : note du Secrétariat (A/CN.9/401) 305

B. État des Règles de Hambourg : note du Secrétariat (A/CN.9/401/Add.1) 312

Pages

X. FORMATION ET ASSISTANCE

Formation et assistance technique : note du Secrétariat (A/CN.9/400) 317

Troisième partie. Annexes

I. LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA PASSATION DES MARCHÉS DE BIENS, DE TRAVAUX ET DE SERVICES 325

II. GUIDE POUR L'INCORPORATION DANS LE DROIT INTERNE DE LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA PASSATION DES MARCHÉS DE BIENS, DE TRAVAUX ET DE SERVICES (A/CN.9/403) 343

III. COMPTES RENDUS ANALYTIQUES DES SÉANCES DE LA COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL CONSACRÉES A LA PRÉPARATION DE LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA PASSATION DES MARCHÉS DE BIENS, DE TRAVAUX ET DE SERVICES 369

IV. BIBLIOGRAPHIE DES ÉCRITS RÉCENTS AYANT TRAIT AUX TRAVAUX DE LA CNUDCI : NOTE DU SECRÉTARIAT (A/CN.9/417) 445

V. LISTE DES DOCUMENTS DE LA CNUDCI 457

VI. LISTE DES DOCUMENTS DE LA CNUDCI REPRODUITS DANS LES VOLUMES PRÉCÉDENTS DE L'*ANNUAIRE* 461

INTRODUCTION

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

Ce volume est divisé en trois parties. La première partie contient le rapport de la CNUDCI sur les travaux de sa vingt-septième session, tenue à New York du 31 mai au 17 juin 1994, 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 vingt-septième 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 le texte de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services et du Guide pour son incorporation dans le droit interne, les comptes rendus analytiques des séances de la Commission consacrées à la préparation de la Loi type et du Guide, une bibliographie des écrits récents ayant trait aux travaux de la Commission, ainsi qu'une liste des documents dont elle était saisie à sa vingt-septième session et une liste de documents relatifs aux travaux de la CNUDCI reproduits dans les volumes précédents de l'*Annuaire*.

Secrétariat de la CNUDCI
Centre international de Vienne
B.P. 500, A-1400 Vienne (Autriche)
Téléphone : (43-1) 21345-4060 Télex : 135612 Télécopieur : (43-1) 237485

---

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

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

VINGT-SEPTIÈME SESSION (1994)

A. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-septième session (New York, 31 mai-17 juin 1994) [Original : anglais]*

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
INTRODUCTION		1-2
Chapitres		
I.	ORGANISATION DE LA SESSION	3-10
	A. Ouverture de la session	3
	B. Composition et participation	4-7
	C. Élection du bureau	8
	D. Ordre du jour	9
	E. Adoption du rapport	10
II.	PROJET DE LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA PASSATION DES MARCHÉS DE BIENS, DE TRAVAUX ET DE SERVICES	11-110
	A. Introduction	11-13
	B. Examen des articles	14-89
	C. Rapport du groupe de rédaction	90-96
	D. Adoption de la Loi type et recommandation	97
	E. Examen du projet de guide pour l'incorporation de la Loi type dans le droit interne	98-110
III.	ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL	111-195
	A. Introduction	111-112
	B. Examen du projet de directives pour les conférences préparatoires dans le cadre des procédures arbitrales	113-193
	C. Conclusion	194-195
IV.	GARANTIES ET LETTRES DE CRÉDIT STAND-BY	196-197
V.	PROBLÈMES JURIDIQUES LIÉS A L'ÉCHANGE DE DONNÉES INFORMATISÉES	198-201
VI.	JURISPRUDENCE RELATIVE AUX INSTRUMENTS DE LA CNUDCI	202-207
	A. Introduction	202
	B. Examen par la Commission	203-207
VII.	TRAVAUX FUTURS	208-229
	A. Aspects juridiques du financement par cession de créances	208-214
	B. Aspects transnationaux de l'insolvabilité	215-222
	C. Projets "Construction, exploitation, transfert"	223-228
	D. Mise en œuvre d'autres propositions faites au Congrès de la CNUDCI	229
VIII.	RÈGLES ET USANCES UNIFORMES DE LA CCI RELATIVES AUX CRÉDITS DOCUMENTAIRES (RUU 500)	230-231

Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, Supplément n° 17 (A/49/17) (ci-après dénommé le "Rapport").

Chapitres *Paragraphes*

IX. FORMATION ET ASSISTANCE TECHNIQUE 232-239

X. ÉTAT ET PROMOTION DES TEXTES JURIDIQUES DE LA CNUDCI .. 240-252

XI. RÉSOLUTIONS PERTINENTES DE L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE ET QUESTIONS DIVERSES 253-255

A. Résolution de l'Assemblée générale sur les travaux de la Commission 253-255

B. Bibliographie 256

C. Date et lieu de la vingt-huitième session de la Commission 257

D. Sessions des groupes de travail 258-259

Annexes

Pages

I. Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services 32

II. Liste des documents dont la Commission a été saisie à sa vingt-septième session 32

INTRODUCTION

1. Le présent rapport porte sur la vingt-septième session de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, qui s'est tenue à New York du 31 mai au 17 juin 1994.

2. Conformément à la résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale, en date du 17 décembre 1966, le présent rapport est soumis à l'Assemblée générale, et pour observations à la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED).

I. ORGANISATION DE LA SESSION

A. Ouverture de la session

3. La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a commencé sa vingt-septième session le 31 mai 1994. La session a été ouverte par M. Hans Corell, Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques, conseiller juridique.

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), en date du 12 décembre 1973, l'Assemblée a décidé de porter de 29 à 36 le nombre des membres de la Commission. Les membres actuels, élus le 19 octobre 1988 et le 4 novembre 1991, 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] :

Allemagne (1995), Arabie saoudite (1998), Argentine (1998), Autriche (1998), Bulgarie (1995), Cameroun (1995), Canada (1995), Chili (1998), Chine (1995), Costa Rica (1995), Danemark (1995), Égypte (1995), Équateur (1998), Espagne (1998), États-Unis d'Amérique (1998), Fédération de Russie (1995), France (1995), Hongrie (1998), Inde (1998), Iran (République islamique d') (1998), Italie (1998), Japon (1995), Kenya (1998), Maroc (1995), Mexique (1995), Nigéria (1995), Ouganda (1998), Pologne (1998), République-Unie de Tanzanie (1998), Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (1995), Singapour (1995), Slovaquie (1998), Soudan (1998), Thaïlande (1998), Togo (1995) et Uruguay (1998).

5. A l'exception du Costa Rica, tous les membres de la Commission étaient représentés à la session.

6. Ont également assisté à la session les observateurs des États suivants : Afrique du Sud, Algérie, Antigua-et-Barbuda, Australie, Bélarus, Belize, Bolivie, Brésil, Colombie, Chypre, El Salvador, Finlande, Guatemala, Indonésie, Iraq, Jamahiriya arabe libyenne, Jordanie, Liban, Malte, Myan-

[1] En application de la résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale, les membres de la Commission sont élus pour un mandat de six ans. Parmi les membres actuels, 17 ont été élus par l'Assemblée à sa quarante-troisième session le 19 octobre 1988 (décision 43/307), et 19 ont été élus par l'Assemblée à sa quarante-sixième session le 4 novembre 1991 (décision 46/309). En application de la résolution 31/99 du 15 décembre 1976, le mandat des membres élus par l'Assemblée à sa quarante-troisième session expirera la veille de l'ouverture de la vingt-huitième session annuelle ordinaire de la Commission, en 1995, et le mandat des membres élus par l'Assemblée à sa quarante-sixième session expirera la veille de l'ouverture de la trente et unième session ordinaire de la Commission, en 1998.

mar, Pakistan, Panama, République arabe syrienne, République de Corée, République tchèque, Roumanie, Suède, Suisse, Turquie, Ukraine, Viet Nam, Yémen et Zambie.

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

a) *Organismes des Nations Unies :* Banque mondiale (Banque internationale pour la reconstruction et le développement)

b) *Organisations intergouvernementales :* Banque interaméricaine de développement; Comité consultatif juridique Afrique-Asie; Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT); Cour permanente d'arbitrage, La Haye.

c) *Autres organisations internationales :* Association internationale du barreau; Centre régional du Caire d'arbitrage commercial international; Chambre de commerce international; Comité maritime international; Conseil international pour l'arbitrage commercial; Grupo latinoamericano de Abogados para el Derecho de Comercio Internacional (GRULACI); INSOL International; International Women's Insolvency & Restructuring Confederation (IWIRC); The Chartered Institute of Arbitrators; The Law Association for Asia and the Pacific (LAWASIA).

C. Élection du bureau[2]

8. La Commission a élu le bureau ci-après :

Président : M. David Morán Bovio (Espagne)

Vice-Présidents : M. Olivér Glatz (Hongrie)
M. José María Abascal Zamora (Mexique)
M. Ahmed Choukri (Maroc)

Rapporteur : M. Visoot Tuvayanond (Thaïlande)

D. Ordre du jour

9. A sa 520e séance, le 31 mai 1994, la Commission a adopté l'ordre du jour suivant :

1. Ouverture de la session.
2. Élection du bureau.
3. Adoption de l'ordre du jour.
4. Nouvel ordre économique international : passation des marchés.
5. Arbitrage commercial international : projet de directives pour les conférences préliminaires dans le cadre des procédures arbitrales.
6. Échange de données informatisées.
7. Pratiques en matière de contrats internationaux : projet de convention sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by.
8. Jurisprudence relative aux instruments de la CNUDCI.
9. Programme de travail futur.
10. Règles et usances uniformes de la CCI relatives aux crédits documentaires (RUU 500).
11. État et promotion des textes juridiques de la CNUDCI.
12. Formation et assistance.
13. Résolutions de l'Assemblée générale sur les travaux de la Commission.
14. Questions diverses.
15. Dates et lieu des réunions futures.
16. Adoption du rapport de la Commission.

E. Adoption du rapport

10. A sa 546e séance, le 17 juin 1994, la Commission a adopté le présent rapport par consensus.

II. PROJET DE LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA PASSATION DES MARCHÉS DE BIENS, DE TRAVAUX ET DE SERVICES

A. Introduction

11. A sa vingt-sixième session, en 1993, la Commission a adopté la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux[3]. A cette session, elle a rappelé qu'il avait été décidé de limiter les travaux, au stade initial, à l'élaboration des dispositions législatives types sur la passation des marchés de biens et de travaux. Après avoir achevé ses travaux sur les dispositions législatives types concernant la passation des marchés de biens et de travaux, la Commission a décidé de procéder à l'élaboration de dispositions législatives types sur les marchés de services qu'elle a confiée au Groupe du travail du nouvel ordre économique international. Le Groupe de travail a examiné le projet de dispositions types concernant les services à ses seizième et dix-septième sessions. Les rapports des travaux de ces sessions font l'objet des documents A/CN.9/389 et A/CN.9/392, le dernier présentant en annexe le projet de texte de la Loi type sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services convenu par le Groupe de travail.

[2] L'élection du président a eu lieu à la 520e séance, le 31 mai 1994, l'élection des vice-présidents à la 534e séance, le 9 juin 1994, et l'élection du rapporteur à la 526e séance, le 4 juin 1994. Conformément à une décision prise par la Commission à sa première session, son bureau compte trois vice-présidents, de sorte que, compte tenu du président et du rapporteur, chacun des cinq groupes d'États énumérés au paragraphe 1 de la section II de la résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale y est représenté (voir le rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa première session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, vingt-troisième session, Supplément n° 16* (A/7216), par. 14 (*Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, vol. I : 1968-1970* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.71.V.1), deuxième partie, I, A, par. 14).

[3] *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-septième session, Supplément n° 17* (A/47/17), annexe I.

12. La Commission a noté que le Groupe de travail, à sa dix-septième session, avait examiné la forme que devaient prendre les dispositions législatives types sur la passation des marchés de services. Il a été noté que le Groupe de travail avait décidé qu'elles devraient être présentées dans un texte global traitant des marchés de biens, de travaux et de services, par le biais d'amendements apportés à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux, de manière à étendre son champ d'application aux marchés de services. Toutefois, afin de limiter les modifications à apporter aux dispositions régissant les marchés de biens et de travaux, le Groupe de travail a décidé que les dispositions relatives aux marchés de services prévoyant une méthode distincte de passation des marchés feraient l'objet d'un chapitre séparé (chapitre IV *bis*) de la Loi type. Par ailleurs, il a été noté que l'approche recommandée ne modifierait en rien la Loi type, telle qu'elle avait été adoptée par la Commission et recommandée par l'Assemblée générale, qui pourrait être utilisée par les États souhaitant adopter une législation dont le champ d'application serait limité à la passation des marchés de biens et de travaux.

13. Avant d'entamer le débat de fond sur les articles du projet de Loi type, la Commission a examiné la manière dont elle mènerait ses travaux, eu égard en particulier au fait que le grand nombre de méthodes de passation de marchés que contenait la Loi type était un sujet de préoccupation. A cet égard, on a fait valoir que la Loi type ne contenait pas un nombre excessif de méthodes puisque, comme il était indiqué dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type (A/CN.9/393, par. 16), les trois méthodes exposées à l'article 17 étaient des options, et que l'État adoptant la Loi type n'était pas tenu de les incorporer toutes dans sa législation. Il a donc été proposé d'examiner la Loi type modifiée article par article, tout en accordant une attention particulière à la question du nombre de méthodes de passation de marchés dans le cadre de l'examen de l'article 16. Il a été noté de surcroît que les travaux de la session en cours de la Commission devaient se borner à examiner les modifications à apporter à la Loi type pour en étendre le champ d'application aux marchés de services[4].

[4]Le tableau ci-dessous indique la nouvelle numérotation assignée aux dispositions de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics de biens, de travaux et de services après son adoption par la Commission, celle des projets d'articles dont la Commission était saisie, ainsi que celle des dispositions de l'ancienne Loi type sur la passation des marchés.

Numérotation des articles dans la Loi type	*Numérotation des projets d'articles dont était saisie la Commission*	*Numérotation des articles dans l'ancienne Loi type*
Préambule	Préambule	Préambule
1	1	1
2	2	2
3	3	3
4	4	4
5	5	5
6	6	6
7	7	7
8	8	8
9	9	9
10	10	10
11-1 *a* à *i*	11-1 *a* à *i*	11 *a* à *i*
11-1 *j*	11-1 et 11-1 *bis*	—
11-1 *k*	—	—
11-1 *l* et *m*	11-1 *j* et *k*	11-1 *j* et *k*
12	11 *bis*	33
13	11 *ter*	—

B. Examen des articles

Titre de la Loi type

14. La Commission a examiné le titre de la Loi type. On s'est accordé à reconnaître qu'un titre succinct tel que "Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés" aurait peut-être été préférable, mais aurait l'inconvénient de ne pas indiquer avec précision le champ d'application de la Loi, précision souhaitable, vu l'existence parallèlement de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux. Puisque le titre devait indiquer la teneur de la Loi type, il semblait que le titre proposé dans le projet du Groupe de travail "Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services" serait plus approprié puisqu'il indiquait que la Loi type était un texte global régissant les marchés de biens, de travaux et de services. De plus, un tel titre aurait l'avantage d'indiquer la différence entre le champ d'application de la Loi type sur la passation des marchés de biens et de travaux déjà adoptée et celui de la Loi type à l'examen qui contenait aussi des dispositions sur les marchés de services. Il a été proposé de préciser dans une note de bas de page que la Loi type de la

(Suite de la note 4)

Numérotation des articles dans la Loi type	*Numérotation des projets d'articles dont était saisie la Commission*	*Numérotation des articles dans l'ancienne Loi type*
14	12	12
15	13	13
16	14	14
17	15	15
18	16	16
19	17	17
20	18	18
21	19	19
22	20	20
23	21	21
24	22	22
25	23	23
26	24	24
27	25	25
28	26	26
29	27	27
30	28	28
31	29	29
32	30	30
33	31	31
34	32	32
35	34	34
36	35	35
37	41 *bis*	—
38	41 *ter*	—
39	41 *quater*	—
40	41 *quinquies*	—
41	41 *sexies* 1	—
42	41 *sexies* 2	—
43	41 *sexies* 3	—
44	41 *sexies* 4	—
45	41 *septies*	—
46	36	36
47	37	37
48	38	38
49	39	39
50	40	40
51	41	41
52 *a*	42 *a*	42 *a*
52 *b*	42 *a bis*	—
52 *c* à *f*	42 *b* à *e*	42 *b* à *e*
53	43	43
54	44	44
55	45	45
56	46	46
57	47	47

CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux demeurait à la disposition des États qui souhaiteraient adopter une législation limitée à ces marchés. Il a également été proposé d'apporter des éclaircissements à ce sujet dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type. Après délibération, la Commission a décidé de conserver le titre "Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services" et d'insérer, comme il avait été proposé, une note explicative en bas de page.

Préambule

15. La Commission a adopté le préambule sans modification.

Chapitre premier. Dispositions générales

Article premier. Champ d'application

16. La Commission a adopté l'article premier sans modification.

Article 2. Définitions

17. La Commission a adopté la définition des mots "passation de marché" (alinéa *a*) et "entité adjudicatrice" (alinéa *b*) sans modification.

"Biens" (alinéa c*)*

18. On a demandé si, dans un marché de fourniture de biens, les services de transport associés à l'acheminement desdits biens jusqu'à l'entité adjudicatrice seraient considérés comme "des services accessoires". En réponse, on a fait valoir qu'il fallait savoir si le marché de fourniture de biens comprenait également le transport desdits biens. Dans ce cas, le transport serait considéré comme un service accessoire si sa valeur était inférieure à celle des biens. Toutefois, si le transport des biens faisait l'objet d'un marché distinct du marché de fourniture de biens, le transport ne serait pas considéré comme service accessoire. Après délibération, la Commission a adopté la définition du terme "biens" sans modification.

"Travaux" (alinéa d*)*

19. Il a été proposé de supprimer la définition du mot "travaux". A l'appui de cette proposition, il a été déclaré que la passation des marchés de travaux devait être traitée de la même manière que la passation des marchés de services, puisque, dans les travaux, les compétences et qualifications du fournisseur ou de l'entrepreneur étaient d'une importance capitale. On a également fait observer que dans certains systèmes juridiques, les marchés de travaux étaient considérés comme des marchés de services. La Commission a toutefois noté que cette proposition modifierait la Loi type sur la passation des marchés de biens et de travaux qui avait déjà été définitivement arrêtée et adoptée. Elle a donc adopté la définition du mot "travaux" sans modification.

"Services" (alinéa d bis*)*

20. La Commission a fait part au Groupe de travail d'une préoccupation selon laquelle le texte figurant entre parenthèses à la fin de la définition ("L'État adoptant la Loi type peut spécifier certaines catégories de services") risquait d'être interprétée comme un moyen d'exclure certaines catégories de services du champ d'application de la Loi type. Il a également été suggéré qu'il serait peut-être nécessaire d'inclure d'autres éclaircissements à ce sujet dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type. La Commission a adopté la définition du mot "services", sous réserve d'éventuelles modifications de forme.

21. La Commission a adopté la définition des termes "fournisseur ou entrepreneur" (alinéa *e*), "marché" (alinéa *f*) "garantie de soumission" (alinéa *g*) et "monnaie" (alinéa *h*), sans modification.

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

22. La Commission a adopté l'article 3 sans modification.

Article 4. Règlements en matière de passation des marchés

23. La Commission a adopté l'article 4 sans modification, en prenant note d'une suggestion selon laquelle il pourrait être utile de donner dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type des exemples de questions relatives à la passation de marchés de services qui pourraient être traitées dans les règlements.

Article 5. Accès du public à la réglementation des marchés

24. La Commission a adopté l'article 5 sans modification.

Article 6. Qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs

25. On a exprimé la crainte que le libellé actuel du paragraphe 6 n'aboutisse à des résultats inéquitables, dans la mesure où un fournisseur ou un entrepreneur pourrait être disqualifié pour des erreurs qui étaient sans effet sur la teneur de l'offre et qui étaient facilement réparables, par exemple, si les rapports financiers d'une année avaient été omis de l'offre par inadvertance. Afin de dissiper cette crainte, il a été suggéré de disposer que l'inexactitude ou le caractère incomplet de l'information présentée au sujet de ses qualifications par un fournisseur ou entrepreneur ne le disqualifierait que si elle portait sur la teneur de l'offre. L'opinion qui a prévalu a toutefois été que le libellé actuel, mis au point après des discussions approfondies à la session précédente, était préférable. On a fait observer que le libellé actuel permettait de remédier à la non-présentation de rapports financiers. Après délibération, la Commission a adopté l'article 6 sans modification.

Article 7. Procédure de présélection

Paragraphe 1

26. La Commission a adopté le paragraphe 1 et a renvoyé au Groupe de rédaction une suggestion tendant à ajouter une référence au chapitre IV *bis*.

Paragraphe 2

27. La Commission a adopté le paragraphe 2 sans modification.

Paragraphe 3

28. On a émis l'avis que la référence à l'article 41 *ter f* figurant au paragraphe 3 *b* ii était peut-être superflue, compte tenu du paragraphe 3 *a* iii. La Commission a renvoyé la question au Groupe de rédaction. Une proposition tendant à supprimer le paragraphe 3 *a* v, au motif qu'il faisait peser une charge indue sur l'entité adjudicatrice, n'a pas reçu d'appui. On a fait observer que l'objet du paragraphe 3 *a* v était d'établir la transparence générale des procédures et que la disposition reconnaissait que l'entité adjudicatrice pouvait fixer d'autres conditions qui lui permettraient d'exclure, au début de la procédure de passation du marché, les fournisseurs ou entrepreneurs qui n'étaient pas suffisamment qualifiés pour exécuter le marché. La Commission a également affirmé qu'il était nécessaire d'inclure le paragraphe 3 *b* ii.

Paragraphes 4 à 8

29. La Commission a adopté les paragraphes 4 à 8 sans modification.

Articles 8 à 10

30. La Commission a adopté, sans modification, les articles 8 à 10, intitulés : "Participation des fournisseurs ou entrepreneurs", "Forme des communications" et "Règles concernant les pièces produites par les fournisseurs ou entrepreneurs".

Article 11. Procès-verbal de la procédure de passation des marchés

31. On a émis l'avis qu'il serait peut-être utile de disposer que l'entité adjudicatrice doit consigner au procès-verbal les motifs qui l'ont amenée à décider d'appliquer l'une des procédures de sollicitation restreintes prévues à l'article 41 *bis*. On a demandé ce que visaient les membres de phrase "ou le mode de détermination du prix" et "s'ils sont connus de l'entité adjudicatrice". En ce qui concerne le premier, on a expliqué qu'il visait les cas où l'entité adjudicatrice ne connaissait pas le prix effectif du marché et disposait simplement d'un élément lui permettant de l'évaluer, par exemple le tarif horaire demandé par un consultant rémunéré à l'heure. En ce qui concerne le deuxième, on a expliqué qu'il visait, par exemple, les 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.

Article 11 bis. *Rejet de toutes les soumissions, propositions ou offres, ou de tous les prix*

32. La Commission a adopté l'article 11 *bis* sans modification.

Article 11 ter. *Entrée en vigueur du marché*

33. Une proposition tendant à ajouter au paragraphe 2 après le mot "sollicitation" les mots "ou de l'acceptation" n'a pas recueilli d'appui, la transparence exigeant que la notification ait lieu avant la préparation et la soumission des propositions ou prix.

Article 12. Publication des avis d'attribution de marché

34. On a émis l'idée qu'il serait peut-être utile de stipuler que l'on devait donner promptement notification de la procédure de passation du marché, au moins dans les cas où il y a une source unique. On a noté que, à ce stade, une telle notification ne pouvait être mentionnée que dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type. On a exprimé la crainte qu'en fixant, comme le faisait le paragraphe 3, un seuil monétaire en dessous duquel la publication des avis d'attribution de marchés ne serait pas nécessaire, on serait obligé de modifier périodiquement la Loi type afin de tenir compte de l'inflation. On a fait observer que cette question pourrait être traitée dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type qui pourrait notamment recommander de fixer le seuil monétaire dans les règlements en matière de passation de marchés, qui seraient vraisemblablement modifiés plus facilement. Après délibération, la Commission a adopté l'article 12 sans modification.

Article 13. Incitations proposées par des fournisseurs ou entrepreneurs

35. La question a été soulevée de savoir si la conduite d'anciens administrateurs ou employés avait un rapport avec la conduite de l'entité adjudicatrice. En réponse, on a souligné que l'intention était de faire en sorte que la Loi type vise toutes les pratiques abusives possibles, y compris les actes d'anciens administrateurs ou employés susceptibles d'influencer la procédure de passation des marchés. On a noté qu'il était nécessaire d'utiliser les termes administrateurs et employés, puisque, par exemple, un membre d'un conseil d'administration pouvait être considéré comme un administrateur mais non pas comme un employé. Après délibération, la Commission a adopté l'article 13 sans modification.

Article 14. Règles concernant la description des biens, des travaux ou des services

36. Un certain nombre de suggestions ont été faites au sujet de l'article 14. On a proposé notamment de supprimer les mots "qui créent des obstacles à la participation", jugés trop vagues. On a également estimé qu'il ne convenait pas de mentionner les services au paragraphe 2 puisque les marques commerciales, appellations, brevets, etc., mentionnés dans ce paragraphe s'appliquaient aux biens mais non pas aux services. Après délibération, la Commission a adopté l'article 14 sans modification.

Article 15. Langues

37. La Commission a adopté l'article 15 sans modification.

Chapitre II. Méthodes de passation des marchés et conditions d'utilisation de ces méthodes

Article 16. Méthodes de passation des marchés

38. Il a été proposé de supprimer le paragraphe 3 *b* puisque, à l'exception de l'appel d'offres et de la sollicitation de propositions, les autres méthodes de passation des marchés ne seraient pas applicables aux marchés de services. A l'appui de cette proposition, on a fait observer que, dans

la pratique, on recourait pour la passation des marchés de services soit à l'appel d'offres, soit à la sollicitation de propositions. Il a été déclaré de surcroît que, si elle disposait d'une multiplicité de méthodes de passation de marchés de services, l'entité adjudicatrice aurait peut-être des difficultés à opérer un choix parmi elles. Dans le même ordre d'idées, on a émis l'avis qu'il n'était pas bon d'inverser, dans le cas des services, la règle générale qui voulait que la procédure de l'appel d'offres soit la méthode privilégiée de passation des marchés puisqu'elle comprenait les procédures les plus ouvertes et les plus concurrentielles.

39. En réponse aux préoccupations évoquées ci-dessus, on a rappelé que le Groupe de travail avait examiné assez longuement la question de savoir quelles méthodes, parmi les méthodes de passation des marchés de biens et de travaux, pouvaient également être utilisées pour les services. Il avait conclu que l'approche envisagée était un compromis acceptable, en particulier dans la mesure où les États ne souhaiteraient peut-être pas retenir dans leur loi toutes les méthodes disponibles de passation des marchés de biens et de travaux. On a fait observer par ailleurs qu'il pourrait être approprié, dans le cas de certains services, d'appliquer des méthodes de passation de marchés autres que l'appel d'offres ou la sollicitation de propositions. Après un débat, la Commission a décidé de conserver le paragraphe 3 *b* sans le modifier. Il a également été convenu que le caractère facultatif de certaines des méthodes de passation de marchés pourrait être expliqué plus en détail dans le Guide pour l'incorporation de la loi type.

40. S'agissant du libellé, il a été proposé de remplacer le mot "procédures" par le mot "méthodes" dans le chapeau du paragraphe 3 et, au paragraphe 4, d'indiquer clairement que la référence aux alinéas *a* et *b* du paragraphe 3 se rapportait uniquement auxdits alinéas et non au chapeau du paragraphe. Après avoir renvoyé ces propositions au Groupe de rédaction pour suite à donner, la Commission a adopté l'article 16.

Articles 17 et 18

41. Aucune observation n'a été formulée sur les articles 17 et 18, intitulés : 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; et Conditions d'utilisation de l'appel d'offres restreint.

Article 19. Conditions d'utilisation de la procédure de sollicitation de prix

42. On a pris note de la préoccupation exprimée au sujet de l'emploi, par deux fois dans le paragraphe 4, du mot *"provided"*, avec un sens différent dans chaque cas, ce qui pouvait prêter à confusion, et on a renvoyé la question au Groupe de rédaction.

Article 20. Conditions d'utilisation de la procédure de sollicitation d'une source unique

43. S'agissant de l'alinéa *d* du paragraphe 1, il a été suggéré d'appeler l'attention, dans le Guide pour l'incorporation de la loi type, sur la possibilité d'utiliser les règlements en matière de passation des marchés pour empêcher le recours abusif à la procédure de sollicitation d'une source unique pour motif de normalisation.

Articles 21 à 35

44. Aucune observation n'a été faite sur les articles 21 à 35 intitulés respectivement : Appel d'offres national; Procédures de sollicitation des offres ou des demandes de présélection; Teneur de l'invitation à soumettre une offre et de l'invitation à présenter une demande de présélection; Communication du dossier de sollicitation; Teneur du dossier de sollicitation; Clarification et modification du dossier de sollicitation; Langue des offres; Soumission des offres; Période de validité des offres, modification et retrait des offres; Garanties de soumission; Ouverture des offres; Examen, évaluation et comparaison des offres; Rejet de toutes les offres; Interdiction des négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs; et Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché.

Chapitre IV. Passation des marchés par d'autres méthodes que la procédure d'appel d'offres

45. On a émis l'avis qu'il convenait peut-être de modifier le titre du chapitre IV puisque le chapitre IV *bis* contenait aussi des procédures de passation des marchés par une méthode "autre que l'appel d'offres". Différentes suggestions ont été faites, dont l'une proposant le membre de phrase "autres méthodes de passation des marchés", et renvoyées au Groupe de rédaction.

Articles 36 à 41

46. Aucune observation n'a été faite sur les articles 36 à 41 intitulés respectivement : Appel d'offres en deux étapes; Appel d'offres restreint; Sollicitation de propositions; Négociation avec appel à la concurrence; Sollicitation de prix; et Sollicitation d'une source unique.

Chapitre IV **bis**. *Sollicitation de proposition relatives à des services*

Observations générales

47. D'une manière générale, on s'est demandé s'il était souhaitable d'inclure dans la Loi type une méthode spéciale de passation des marchés de services ("Sollicitation de propositions relatives à des services"), dont les procédures étaient énoncées au chapitre IV *bis*, tout en maintenant pour les marchés de services, en application de l'article 16-3 *b*, le recours à la méthode de sollicitation de propositions visée à l'article 38. On a fait observer à cet égard que les deux méthodes semblaient se recouvrir partiellement, par exemple, pour la sélection de la méthode à utiliser lorsque l'entité adjudicatrice sollicitait différentes propositions pour déterminer les différents moyens permettant de répondre à ses besoins. On a émis l'opinion que pour éviter de créer une impression de complexité et de prêter à confusion, et dans le but de donner les directives les plus claires possibles, en particulier aux États qui avaient peu d'expérience dans le domaine de l'élaboration de la législation applicable à la passation des marchés, il serait préférable de renoncer au moins à l'application de la procédure de sollicitation de propositions prévue à l'article 38.

48. Réfléchissant à la question susmentionnée, la Commission a noté que le Groupe de travail avait envisagé la possibilité d'adopter des approches autres que celles prévues dans le projet actuel, qui permettraient de recourir, dans le cas des services, non seulement aux procédures prévues au chapitre IV *bis*, mais aux autres méthodes, en particulier à celles visées à l'article 17. L'une des approches possibles consisterait à incorporer toutes les procédures spéciales de passation des marchés de services aux méthodes existantes de passation de marchés de biens et de travaux, sans ajouter une méthode distincte pour les services. Une autre approche serait d'adopter une méthode distincte pour les services et d'exclure le recours aux autres méthodes, ou au moins aux méthodes visées à l'article 17. On a fait observer à cet égard que le manque d'unanimité au sujet de l'approche à adopter, qui s'était fait jour au cours des délibérations du Groupe de travail, traduisait le fait que des États différents adoptant la Loi type pouvaient faire des choix différents dans la gamme de méthodes de passation des marchés de services dont ils disposaient. A cet égard, la Commission a convenu qu'il conviendrait de préciser dans une note au recto de la Loi type, ainsi que dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type, que cette dernière offrait aux parlements des pays des options quant aux méthodes de passation des marchés de services et que les États n'étaient pas censés les incorporer toutes dans leur législation.

49. On a aussi noté qu'une telle approche était pleinement conforme aux buts de la Loi type ainsi qu'aux instruments multilatéraux, comme l'Accord du GATT relatif aux marchés publics et les directives de l'Union européenne applicables aux marchés de services. Ces instruments énonçaient les principes généraux devant être incorporés dans la législation nationale des États membres, mais il devait être entendu que ces États devaient également adopter leur propre législation. La Loi type constituait un modèle de statut qui était conforme aux principes énoncés dans ces instruments multilatéraux et leur donnerait une forme statutaire.

50. La Commission a quelque peu hésité à accepter l'intitulé du chapitre IV *bis*, en particulier à cause de sa similarité avec le libellé de la méthode de passation des marchés prévue à l'article 38 (Sollicitation de propositions), qui pouvait prêter à confusion. Le Groupe de rédaction a été prié de rechercher un autre libellé, par exemple "Procédure spéciale de passation des marchés de services". La Commission s'est également déclarée favorable à une proposition tendant à déplacer le chapitre IV *bis* et à l'insérer après le chapitre III (Procédure d'appel d'offres) et elle a renvoyé cette question au Groupe de rédaction. On a estimé qu'un tel ordre était plus approprié puisque le chapitre IV *bis* traite de la méthode qui doit être normalement utilisée dans le cas des marchés de services.

Article 41 bis. *Sollicitation de propositions relatives à des services*

Titre

51. On s'est accordé à reconnaître qu'il fallait trouver un intitulé plus précis à l'article, qui mettrait en relief l'élément central de la disposition qui est la publication d'un avis. Le Groupe de travail a été prié de mettre au point un intitulé prenant cette considération en compte.

Paragraphe 1

52. On s'est demandé si le paragraphe 1 devait présumer que la publication dans un journal officiel ou une autre publication officielle constituait une garantie suffisante de la parution de l'avis en temps voulu. Il se pouvait en effet que, dans certains États, ces avis soient publiés après divulgation des procédures de passation du marché. On a aussi été d'avis que le paragraphe 1 ne devait pas entrer dans des détails tels que le prix, mais traiter de la question des qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs. La Commission, toutefois, a refusé de modifier le libellé du paragraphe 1. D'une manière générale, on a estimé que le paragraphe, qui était calqué sur les dispositions analogues figurant dans la Loi type sur la passation des marchés de biens et de travaux, était satisfaisant.

Paragraphe 2

53. Selon un avis, l'obligation de solliciter des offres internationales imposée au paragraphe 2 constituait une lourde charge pour l'entité adjudicatrice. Comme cela s'était produit lors de l'examen de la règle analogue prévue dans la Loi type sur la passation des marchés de biens et de travaux où un avis similaire avait été émis, l'opinion qui a prévalu était que le principe de compétition ouverte et la règle connexe de sollicitation générale constituaient un élément clef du type de régime de passation de marchés destiné à promouvoir la concurrence et la transparence que codifiait la Commission. On reconnaissait en même temps que ce principe pourrait connaître un certain nombre d'exceptions en vertu du paragraphe 2 ainsi que du paragraphe 3 que la Commission allait examiner ensuite.

Paragraphe 3

54. Au début de l'examen, la Commission a été amenée, par une proposition tendant à supprimer le paragraphe 3, à examiner d'une manière générale s'il convenait d'inclure les dérogations au principe de sollicitation générale visées au paragraphe 3. A l'appui de cette proposition, on a fait valoir que le paragraphe 2 faisait déjà référence à certaines dérogations et qu'en ajouter d'autres limiterait indûment la concurrence que permettait cette méthode, qui était la principale méthode de passation des marchés de services. La Commission a toutefois été persuadée par des considérations en sens opposé de conserver l'intégralité, ou du moins certaines parties, du paragraphe 3. On a notamment évoqué la nécessité de doter la règle de sollicitation générale d'une certaine souplesse, de manière à tenir compte des situations différentes des États dans la Loi type, et ainsi d'éviter que les entités adjudicatrices ne se détournent des dispositions du chapitre IV *bis* pour adopter des méthodes de passation de marchés moins concurrentielles ou d'encourager l'exclusion totale de catégories de services du champ d'application de la Loi type. En même temps, la Commission s'est prononcée en faveur d'une limitation appropriée de ces dérogations, en incluant dans le paragraphe 3 une disposition les soumettant à une autorisation préalable et à l'obligation d'en dresser procès-verbal.

Alinéas a *et* b

55. En ce qui concerne les dispositions détaillées du paragraphe 3, la Commission a affirmé que, quelle que soit sa

portée, le paragraphe 3 devait constituer une exception aux obligations de sollicitation de propositions auprès de fournisseurs ou entrepreneurs nationaux ou internationaux énoncées aux paragraphes 1 et 2, puisque le paragraphe 3 se référait aux cas de "sollicitation directe". Le Groupe de travail a été prié d'envisager d'apporter des éclaircissements sur ce point en faisant mention de la sollicitation directe dans le chapeau du paragraphe 3.

56. La Commission a examiné avec un soin particulier les différences de libellé entre l'alinéa *a*, qui prévoit le recours à la sollicitation directe lorsque les services requis ne sont disponibles qu'auprès d'un nombre limité de fournisseurs ou d'entrepreneurs connus de l'entité adjudicatrice, et la disposition analogue concernant les conditions d'utilisation de l'appel d'offres restreint (art. 18 *a*). On a émis l'opinion que le libellé de l'article 18 qui ne comportait pas les termes "connus de l'entité adjudicatrice" semblait offrir moins de prise à un recours abusif à cette méthode que le libellé actuel de l'alinéa *a* du paragraphe 3. Bien qu'on ait fait valoir qu'il convenait de conserver la mention "connus de l'entité adjudicatrice" pour que cette dernière puisse agir avec la souplesse nécessaire, on s'est accordé à reconnaître que le libellé de la disposition à l'examen devait suivre celui de l'alinéa *a* de l'article 18.

Alinéa c

57. Des opinions divergentes ont été exprimées au sujet de la nécessité de conserver l'alinéa *c*, qui prévoyait une dérogation à la règle de sollicitation générale lorsque, en raison de la nature des services requis, il n'est possible de promouvoir l'économie et l'efficacité dans la passation du marché qu'au moyen de la sollicitation directe. On a fait valoir que la disposition était vague et que le fait de mentionner uniquement "la nature des services requis" et "l'économie et l'efficacité" conduirait à exclure la méthode de sollicitation générale précisément dans le type de cas où il convenait de la favoriser. On a par ailleurs déclaré qu'en ce qui concerne l'appel d'offres restreint, il n'y avait pas d'exceptions au sens de l'alinéa c et que les exceptions prévues aux alinéas *a* et *b* permettaient de disposer de la souplesse voulue.

58. Diverses considérations ont été évoquées à l'appui du maintien de l'alinéa *c*, en particulier la nécessité de permettre à l'entité adjudicatrice de conserver une certaine souplesse dans des circonstances exceptionnelles. On a souligné que la méthode spéciale de passation des marchés de services, tout comme la Loi type, pour être acceptables, devaient avoir la souplesse nécessaire au regard des conditions de sollicitation générale, de manière à prendre en compte l'économie et l'efficacité dans la passation des marchés et les autres intérêts de l'État adoptant la Loi type.

59. La Commission a examiné un certain nombre de propositions visant à concilier les diverses préoccupations et considérations qui avaient été exprimées dans le débat sur la question du maintien de l'alinéa *c*. Certaines propositions visaient à affiner la disposition en précisant ce qu'il fallait entendre par la mention "la nature des services". Il a été proposé par exemple de mentionner la nature "professionnelle", "extrêmement complexe et spécialisée", "intellectuelle" ou "confidentielle" des services. Différentes combinaisons possibles de ces qualifications ont été envisagées, y compris une proposition visant à énumérer la plupart ou l'ensemble de ces éléments, une proposition tendant à ce que la disposition ne vise que les cas où la confidentialité est essentielle, et une proposition tendant à mentionner uniquement les cas dans lesquels la nature des services ne justifie pas le recours à l'appel d'offres général.

60. Après avoir envisagé une solution fondée sur une modification de la mention relative à la nature des services sans être parvenue à un accord, la Commission a décidé que, plutôt que de se concentrer sur une définition plus précise de la nature des services, on devrait préciser les circonstances particulières qui requièrent la confidentialité ou les exigences de l'intérêt national. La Commission a renvoyé cette décision au Groupe de rédaction pour suite à donner et l'a prié d'envisager une proposition tendant à déplacer la mention relative à l'économie et à l'efficacité de l'alinéa *c* pour l'insérer dans le chapeau du paragraphe 3.

Paragraphe 4

61. La Commission a renvoyé au Groupe de rédaction une suggestion tendant à ce que le paragraphe 4 fasse expressément référence à la disposition relative à la sollicitation de propositions dans les cas de sollicitation directe. Le paragraphe a été adopté sans modification.

Article 41 ter. *Teneur des sollicitations de propositions relatives à des services*

62. L'opinion a été exprimée que l'obligation qui est faite à l'entité adjudicatrice de fournir tous les renseignements énumérés à l'article 41 *ter* était par trop lourde. On a donné à ce propos l'exemple des renseignements visés aux alinéas *d* et *e*, qu'il était inutile de faire figurer dans les sollicitations de propositions, de l'alinéa *k*, qui astreignait l'entité adjudicatrice à fournir trop de détails, et des alinéas *s* et *t*, qui l'obligeaient à fournir des renseignements sur les lois et règlements, alors qu'il devrait normalement incomber aux fournisseurs ou entrepreneurs de vérifier et de connaître la législation applicable en matière de passation des marchés. Cela étant, il a été proposé de supprimer certains de ces alinéas.

63. En réponse à ces observations, il a été noté que l'article 41 *ter*, qui reprenait à maints égards les dispositions analogues du chapitre III, visait à assurer un degré de transparence et de publicité équivalent à celui prévu pour les appels d'offres puisque le chapitre IV *bis* définissait la principale méthode de passation des marchés de services. Après en avoir délibéré, la Commission a décidé de ne supprimer aucun des alinéas de l'article 41 *ter*.

64. La Commission a noté que la restriction "lorsque le prix est un critère pertinent" formulée au début des alinéas *j* et *k*, qui avait pour objet de préciser que le prix pouvait ne pas être un critère pertinent dans certains cas de passation des marchés de services, risquait de diminuer exagérément l'importance qu'il convenait d'attacher au prix. La Commission est convenue qu'on pourrait corriger cette impression erronée en renvoyant la formule restrictive à la fin des deux alinéas et en utilisant un libellé tel que "sauf si le prix n'est pas un critère pertinent". Il a en outre été proposé d'indiquer dans le Guide les cas où le prix pourrait n'être pas un critère pertinent.

65. A propos de l'alinéa *n*, on a demandé s'il était vraiment possible d'indiquer un taux de change dans les sollicitations de propositions, ces taux étant sujets à fluctuation. En réponse, on a fait observer qu'il importait, pour plus de clarté et de transparence, de faire mention d'un taux de change, celui indiqué pouvant, par exemple, être le taux en vigueur dans un établissement financier déterminé à une date donnée.

Article 41 quater. *Critères d'évaluation des propositions*

Paragraphe 1

Texte introductif

66. Diverses préoccupations ont été exprimées à propos du paragraphe 1. On s'est ainsi inquiété que la formule "ne peuvent concerner que" n'interdise à l'entité adjudicatrice d'appliquer d'autres critères, tels que la confidentialité, l'intérêt national, le transfert de technologie et la promotion des exportations. On a fait observer à ce propos que cette formule visait à limiter le champ des critères sur la base desquels l'entité adjudicatrice pouvait évaluer les propositions, sans l'obliger à les appliquer dans tous les cas. On a également souligné que les critères susmentionnés soit relevaient de la même catégorie que les critères énumérés à l'alinéa *d*, soit pouvaient être ajoutés dans la législation de l'État adoptant la Loi type.

67. On s'est également inquiété de constater que l'impact sur l'environnement ne figurait pas parmi les critères d'évaluation énumérés à l'article 41 *quater*. Il a été répondu que les considérations écologiques spécifiques pourraient être prises en compte dans le cadre de l'alinéa *g* de l'article 41 *ter*, qui a trait à la description des services requis. On a relevé à ce propos que cette interprétation allait de soi puisque la Commission n'avait pas inclus l'impact sur l'environnement parmi les critères utilisés pour les marchés de biens et de travaux en dépit du fait que ceux-ci pourraient fort bien être considérés comme présentant en règle générale un risque plus grand pour l'environnement que les services.

68. On a aussi exprimé la crainte que l'obligation de notifier les critères à utiliser aux fournisseurs ou entrepreneurs ne soit trop lourde pour l'entité adjudicatrice. Il a été répondu que cette notification était indispensable pour promouvoir la transparence et une concurrence loyale. Il a en outre été indiqué que l'on avait prévu des méthodes de passation des marchés autres que la sollicitation de propositions pour parer au cas où l'entité adjudicatrice ne pourrait énoncer clairement des critères d'évaluation.

69. Après délibération, la Commission a adopté le texte introductif du paragraphe 1 sans le modifier.

Alinéa a

70. Un certain nombre de propositions ont été formulées pour améliorer le libellé de l'alinéa *a* : ajouter l'adjectif "pertinentes" après le mot "qualifications" (on a fait observer à ce propos que cet adjectif pouvait s'appliquer à l'expérience des fournisseurs ou entrepreneurs mais non à leur réputation et à leur fiabilité); ajouter les mots "dans le domaine du marché à attribuer" après le mot "expérience"; et préciser le sens du mot "personnel" pour lever les doutes qui pourraient exister au sujet de cette exigence dans le cas des entrepreneurs indépendants engagés par le fournisseur ou l'entrepreneur qui aurait emporté le marché. La Commission a adopté l'alinéa *a* et a renvoyé la question de son libellé exact au groupe de rédaction.

Alinéa b

71. La Commission a adopté l'alinéa *b* tel quel.

Alinéa c

72. On s'est inquiété que l'alinéa *c* ne donne à tort l'impression que le prix est un critère pertinent dans la plupart des cas, sans que soient précisées les formes sous lesquelles il peut être exprimé. On a noté que le prix ne pouvait servir, sous sa forme traditionnelle, de critère pour la passation des marchés portant sur un certain nombre de services. Après délibération, la Commission a jugé qu'il avait été suffisamment tenu compte de cette préoccupation et a adopté l'alinéa *c* sans y apporter de changement.

Alinéa d

73. On est convenu de suggérer et la Commission a accepté, que le groupe de rédaction réfléchisse à la possibilité d'aligner entièrement l'alinéa *d* sur l'alinéa *c* iii du paragraphe 4 de l'article 32 s'agissant notamment de la référence au transfert de technologie, qui était absente de l'alinéa *d*.

Paragraphe 2

74. Il a été noté que la pratique consistant à ménager une marge de préférence en faveur des fournisseurs nationaux de services pour réaliser des objectifs économiques nationaux était en règle générale acceptable. L'opinion a toutefois été exprimée que ce même objectif pouvait être mieux atteint en portant au crédit des fournisseurs ou entrepreneurs nationaux, lors de la procédure de passation des marchés, leur connaissance de la région et de la langue. Après délibération, la Commission a adopté le paragraphe 2 sans y apporter de changement.

Article 41 quinquies. *Clarification et modification des sollicitations de propositions*

75. Il a été dit que l'obligation faite à l'entité adjudicatrice de communiquer à tous les fournisseurs et entrepreneurs les éclaircissements demandés par un ou plusieurs d'entre eux et donnés à celui-ci ou à ceux-ci pourrait être trop lourde pour l'entité adjudicatrice. Il a donc été proposé que les éclaircissements ne soient communiqués que sur demande. En décidant de conserver la disposition telle quelle, la Commission a noté que l'on ne pouvait se contenter de prévoir la communication des éclaircissements sur demande puisque les entrepreneurs ne disposaient pas de moyens indépendants de savoir si une question avait été posée et un éclaircissement donné.

Article 41 sexies. *Procédures de sélection*

76. Afin de mieux différencier les trois méthodes de sélection énoncées aux paragraphes 2, 3 et 4 de l'article 41 *sexies*, il a été proposé de leur donner des sous-titres ou d'en faire l'objet d'articles distincts. On a fait valoir que l'insertion de sous-titres ne serait pas compatible avec la présentation actuelle de la Loi type, mais l'idée de présenter les méthodes

de sélection dans des articles séparés a été jugée intéressante. Différentes propositions de titres ou de rubriques ont été faites, visant dans l'ensemble à préciser les différences entre les trois méthodes de sélection prévues dans les négociations. Après délibération, la Commission a prié le Groupe de travail de donner suite à son souhait d'établir une meilleure distinction entre les procédures énoncées dans les trois paragraphes en question.

Paragraphe 1

77. On a fait observer que le libellé actuel de l'alinéa *c* pouvait prêter à confusion : on ne savait pas en effet s'il faisait référence à des groupes d'experts indépendants et ne relevant pas de l'entité adjudicatrice ou à des experts appartenant au personnel de l'entité adjudicatrice. Selon un autre avis, la disposition devait faire ressortir clairement que les groupes d'experts n'avaient qu'un rôle consultatif dans la procédure de sélection et que la responsabilité finale du choix appartenait à l'entité adjudicatrice.

78. La Commission a noté que le Groupe de travail s'était penché assez longuement sur la question du libellé de la disposition relative au recours à des groupes d'experts et avait décidé de ne pas préciser dans la Loi type les fonctions qui pourraient leur être confiées. Après délibération, la Commission a décidé de conserver l'alinéa sans le modifier, sous réserve de modifications rédactionnelles visant à préciser qu'il était fait référence au recours à un groupe d'experts externes. Il a également été proposé de prévoir dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type d'autres explications sur ce point.

Paragraphe 2

79. Il a été noté que le mot "seuil" utilisé à l'alinéa *a* ne traduisait pas exactement l'intention de la disposition, qui était de donner à l'entité adjudicatrice la possibilité de fixer un seuil en ce qui concerne la qualité et les aspects techniques des propositions en deçà duquel celles-ci ne seraient pas prises en considération. Selon une autre opinion, le paragraphe devait préciser le processus d'établissement d'un tel seuil. Cette dernière suggestion toutefois a soulevé des objections : on a estimé qu'elle allait dans une direction que la Commission avait décidé d'éviter, à savoir fournir des directives trop détaillées sur les mécanismes d'établissement de certaines procédures. Après un débat, la Commission a décidé de conserver l'alinéa sans le modifier, sous réserve d'une modification d'ordre rédactionnel précisant que le mot "seuil" faisait référence à l'établissement d'un niveau minimum de qualités que les propositions devaient atteindre.

Paragraphe 3

Alinéa a

80. On a estimé que l'alinéa *a* n'était pas clair puisqu'il ne précisait pas les motifs pour lesquels les propositions étaient rejetées. En réponse, on a indiqué que le Groupe de travail, à sa dix-septième session, avait convenu que les propositions seraient rejetées si elles ne répondaient pas à un critère de base, une qualification professionnelle par exemple, et pas nécessairement parce qu'elles n'avaient pas atteint le seuil requis. Dans le même ordre d'idées, il a été proposé de modifier l'alinéa *a* comme suit : "Lorsqu'elle utilise la procédure prévue au présent paragraphe, l'entité adjudicatrice engage des négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs qui ont soumis des propositions acceptables et peut demander ou autoriser des modifications de ces propositions, à condition que la possibilité de participer aux négociations soit donnée à tous les fournisseurs ou entrepreneurs." On a émis l'opinion que le libellé serait acceptable, en particulier si l'on y faisait mention de "propositions techniquement acceptables". On s'est demandé si le membre de phrase "lorsqu'elle utilise ... paragraphe" de la version arabe des paragraphes 2, 3 et 4 était suffisamment clair. La Commission a adopté l'alinéa *a* et a renvoyé au Groupe de travail la question de son libellé.

Alinéas b *et* c

81. Il a été proposé de supprimer les alinéas *b* et *c* au motif que l'entité adjudicatrice devrait être habilitée à organiser les négociations comme elle le jugeait bon. Toutefois, l'opinion qui a prévalu était que ces deux alinéas devaient être maintenus tels quels par souci de transparence et d'efficacité et afin de veiller à ce que l'évaluation des aspects techniques et autres aspects des propositions non liées au prix se fasse de manière judicieuse sans être influencée par le prix. La Commission a renoncé à insérer à l'alinéa *c* une référence explicite à la "procédure de la double enveloppe".

Alinéa d

82. On a estimé que le sens des mots "répond le mieux à ses besoins" n'était pas clair. Cependant, l'opinion qui a prévalu était que les critères d'évaluation énoncés à l'article 41 *quater* indiquaient clairement ce qui pouvait être considéré comme répondant le mieux aux besoins de l'entité adjudicatrice. Après délibération, la Commission a adopté l'alinéa *d* sans le modifier.

Paragraphe 4

Alinéas a, b *et* c

83. La Commission a adopté les alinéas *a*, *b* et *c* sans les modifier.

Alinéa d

84. On a fait observer que l'alinéa *d*, qui dispose que l'entité adjudicatrice informe les fournisseurs ou entrepreneurs qu'ils n'avaient pas atteint le seuil requis, imposait une charge excessive à l'entité adjudicatrice. En réponse, on a souligné que cette règle satisfaisait à une exigence fondamentale d'équité envers les fournisseurs ou entrepreneurs qui alloueraient les ressources humaines et autres et seraient ainsi en mesure d'exécuter le marché s'il leur était attribué. Une autre possibilité, a-t-on suggéré, serait de modifier l'article 11 de manière à indiquer dans le procès-verbal les fournisseurs ou entrepreneurs qui avaient atteint le seuil requis, information qui serait divulguée sur demande. Après un débat, la Commission a adopté l'alinéa *d* sans le modifier.

Alinéa e

85. On a fait observer que les mots "s'il lui apparaît ..." et autres éléments de la disposition introduisaient un élément d'incertitude et la possibilité d'un certain arbitraire. La Commission a renvoyé la question au Groupe de rédaction et a adopté l'alinéa *e* sans le modifier.

Alinéa f

86. La Commission a affirmé que l'entité adjudicatrice n'était pas autorisée à rouvrir les négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs avec lesquels elle les avaient terminées, afin d'en limiter la durée et d'éviter qu'elles ne conduisent à des abus et entraînent des retards inutiles. Toutefois, la Commission a estimé que cette disposition laissait une certaine discrétion à l'entité adjudicatrice, et il a été proposé de préciser ce point dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type. La Commission a adopté l'alinéa *f* sans le modifier.

Article 41 septies. *Confidentialité*

87. Selon un avis, cet article n'était pas satisfaisant puisqu'il refusait à l'entité adjudicatrice la possibilité d'engager des négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs dans la mesure où ces négociations impliqueraient l'échange d'informations sur les propositions. En réponse, on a fait valoir que l'article, qui s'alignait sur une disposition analogue de la Loi type, était important pour assurer l'intégrité de la procédure de passation des marchés car il garantissait que l'entité adjudicatrice n'utiliserait pas les négociations pour jouer les fournisseurs ou entrepreneurs les uns contre les autres. De plus, il protégeait toute information confidentielle que pourraient contenir les propositions. La Commission a donc adopté l'article 41 *septies* sans le modifier.

Autres observations générales concernant le chapitre IV bis

88. Après avoir achevé son examen des procédures à suivre dans le cadre de l'application de la méthode spéciale de passation des marchés, la Commission a examiné plus avant la manière dont la méthode spéciale devrait être présentée par rapport aux autres méthodes de passation de marchés dans la Loi type. La Commission n'était pas favorable à un certain nombre de suggestions qui avaient été avancées, notamment celles tendant à supprimer l'article 16-3 *b* et les références aux services dans les articles 17 à 20, le Guide contenant toutefois une explication concernant la possibilité d'appliquer ces méthodes pour les services, ou à supprimer l'ensemble du texte du chapitre IV *bis*. La Commission a déclaré qu'il serait préférable de retenir l'approche figurant dans le projet existant et de prévoir une note analogue à celle examinée plus haut, dans laquelle il serait indiqué que la Loi type offrait aux parlements des options quant aux méthodes de passation des marchés de services à incorporer dans la législation nationale (voir plus haut, par. 48). Quant à la teneur de cette note, la plupart des membres de la Commission préféraient que l'accent soit mis sur le fait que la Loi type présentait deux méthodes principales, ainsi que d'autres méthodes qui pourraient être retenues dans les cas où il ne serait pas approprié d'appliquer les méthodes principales. La plupart des membres de la Commission ont également estimé que cette note devrait rester muette sur la combinaison de méthodes que les États devraient incorporer dans leur législation.

Chapitre V. Recours

89. Selon un avis, certains aspects des procédures de recours (art. 42 à 47) étaient incompatibles avec les approches prévues dans la législation de certains États et un certain nombre de dispositions pourraient être considérées comme onéreuses pour l'entité adjudicatrice. On a mentionné en particulier les dispositions relatives à la suspension de la procédure de passation du marché, aux différents délais à respecter et à l'obligation d'aviser tous les fournisseurs ou entrepreneurs des procédures de recours. La majorité des membres de la Commission ont toutefois estimé que les procédures de recours ne devraient pas être modifiées, sous réserve de l'examen, par le Groupe de travail, du libellé exact des dispositions mentionnant des services dans l'article 42-2 *a bis*. On a noté qu'à cette exception près le texte actuel était identique à celui de la Loi type sur la passation des marchés de biens et de travaux. On a noté, en outre, que le texte actuel du projet contenait également une note de bas de page précédée d'un astérisque, dans laquelle il était reconnu que, pour des raisons d'ordre constitutionnel ou autres, certains États pourraient souhaiter ne pas incorporer les articles relatifs au recours.

C. Rapport du groupe de rédaction

90. Le texte du projet de Loi type a été soumis dans son intégralité à un groupe de rédaction chargé d'appliquer les décisions arrêtées par la Commission et de le réviser de manière à en faire concorder les différentes versions linguistiques. La Commission, à ses 535e et 536e séances, tenues les 9 et 10 juin 1994, a examiné le rapport du groupe de rédaction.

91. On a fait valoir que l'intitulé "Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics de biens, de travaux et de services" ne faisait pas ressortir assez clairement le fait que la Loi type, que la Commission avait adoptée à sa vingt-sixième session et qui concernait uniquement la passation des marchés de biens et de travaux, demeurait valable. On s'est opposé à la proposition tendant à distinguer les deux lois types en se référant à l'année au cours de laquelle la seconde avait été adoptée au motif que, dans certains systèmes de droit, un texte de loi ne se voyait affecter une date que s'il venait remplacer un texte de loi préexistant consacré à la même matière, ce qui n'était pas l'intention recherchée en l'occurrence. A l'issue d'un débat, la Commission est convenue que la note de renvoi à l'intitulé préciserait que la présente Loi type ne remplaçait pas la précédente.

92. La question a été posée de savoir pourquoi la référence à l'article 41 *ter f* avait été supprimée de l'article 7-3 *b* ii. En réponse, il a été souligné que cette suppression obéissait à un motif d'ordre purement rédactionnel puisque les renseignements visés à l'article 41 *ter f* étaient déjà prescrits en vertu de l'article 7-3 *a* iii.

93. En ce qui concerne la note de renvoi à l'article 16, on a exprimé l'avis selon lequel on avait entendu y indiquer que tout État avait la faculté de ne pas étendre les méthodes de passation de marchés énumérées à l'article 17 à la passation de marchés de services. Il a été fait remarquer que, telle qu'elle était libellée, la note en question indiquait que les deux principales méthodes de passation des marchés étaient offertes, qu'elles étaient des variantes de méthodes de passation des marchés et précisait ensuite qu'il était loisible aux États de ne pas incorporer toutes ces méthodes dans leur législation nationale. Il a été déclaré que la note traitait de la

question du choix des méthodes de passation de marchés d'une manière très générale et qu'elle pourrait susciter quelque incertitude quant au choix des méthodes de passation des marchés sous l'empire de la Loi type sur la passation des marchés de biens et de travaux déjà en vigueur, qui ne comportait aucune note sur ce sujet, encore que le Guide pour son incorporation dans le droit interne envisage diverses options. A l'issue d'un débat, la Commission est convenue qu'il serait peut-être préférable de s'en tenir à une note concise qui se bornerait à indiquer qu'il était loisible aux États de ne pas incorporer toutes les méthodes de passation des marchés dans leur droit interne. On est convenu que cette note pourrait alors contenir une référence au Guide pour l'incorporation de la Loi type, qui donnerait une explication plus détaillée.

94. Il a été fait observer que, s'agissant de l'article 41 *bis* 3, le Guide pour l'incorporation de la Loi type devrait mieux définir les modalités selon lesquelles il serait procédé à une sollicitation directe et le traitement que l'entité adjudicatrice pourrait réserver aux propositions non sollicitées.

95. La Commission a noté que l'intitulé du chapitre III *bis* ("Méthode spéciale pour la passation des marchés de services") était de nature à donner à tort l'impression que cette méthode était la seule disponible pour la passation des marchés de services. La Commission est donc convenue que l'intitulé suivant "Principale méthode pour la passation des marchés de services" serait plus précis.

96. En ce qui concerne l'article 41 *sexies ter* 1, il a été proposé qu'au lieu de parler de "propositions acceptables", l'on retienne la formule qui veut que l'entité adjudicatrice engage des négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs qui s'étaient classés au-dessus d'un "niveau minimum" à l'exemple de celle instituée dans le cadre des deux autres procédures de sélection. Cette proposition a été rejetée au motif qu'elle impliquait une modification quant au fond dans la mesure où aucun niveau minimum de ce type n'avait été fixé dans le cadre de la procédure de sélection avec négociations simultanées. A l'issue d'un débat, la Commission a décidé de remplacer l'expression "niveau minimum" par le terme "seuil" aux articles 41 *sexies bis* et 41 *sexies quater*, la raison en étant que l'expression "niveau minimum" était de nature à donner à penser que l'entité adjudicatrice devrait chercher à recevoir des propositions de qualité inférieure.

D. Adoption de la Loi type et recommandation

97. La Commission, après avoir examiné le texte du projet de Loi type révisé par le groupe de rédaction[4], a adopté, à sa 545e séance, le 15 juin 1994, la décision suivante :

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

Rappelant que, par sa résolution 2205 (XXI) du 17 décembre 1966, l'Assemblée générale lui a donné pour mandat d'encourager l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international et, ce faisant, de prendre en considération les intérêts de tous les peuples, et particulièrement ceux des pays en développement, en favorisant un large développement du commerce international,

Notant que la passation des marchés constitue une fraction importante des dépenses publiques de la plupart des États,

Rappelant qu'elle a adopté la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux à sa vingt-sixième session,

Rappelant également qu'elle a décidé, à sa vingt-sixième session, d'élaborer des dispositions législatives types sur la passation des marchés de services tout en laissant intacte la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux,

Notant que des dispositions législatives types sur la passation des marchés de services établissant des procédures destinées à encourager l'intégrité, la confiance, l'équité et la transparence dans la procédure de la passation des marchés promouvront également l'économie, l'efficacité et la concurrence dans la passation des marchés et conduiront ainsi à un développement économique accru,

Étant d'avis que l'établissement de dispositions législatives types sur la passation des marchés de services susceptibles d'emporter l'adhésion d'États ayant des systèmes juridiques, sociaux et économiques différents devrait contribuer au développement de relations économiques internationales harmonieuses,

Convaincue que des dispositions législatives types sur la passation des marchés de services intégrées dans un texte unique traitant de la passation des marchés de biens, de travaux et de services aideront sensiblement tous les États, y compris les pays en développement et les États dont l'économie est en transition, à améliorer leurs lois en vigueur en matière de passation de marchés et à formuler de telles lois lorsqu'il n'en existe pas,

1. *Adopte* la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services figurant à l'annexe I du rapport sur les travaux de sa présente session;

2. *Prie* le Secrétaire général de transmettre aux gouvernements et autres organes intéressés le texte de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services, ainsi que le Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services;

3. *Recommande* à tous les États de considérer favorablement la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services lorsqu'ils promulgueront ou réviseront leurs lois, étant donné qu'il est souhaitable d'améliorer et d'uniformiser les lois sur la passation des marchés, eu égard aux besoins spécifiques de la pratique en la matière."

E. Examen du projet de guide pour l'incorporation de la Loi type dans le droit interne

98. La Commission a procédé à un échange de vues sur le projet de guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type sur la passation de marchés de biens, de travaux et de services sur la base du document A/CN.9/394. On a noté que, si le projet de guide était présenté sous la forme d'amendement au Guide existant pour l'incorporation dans

le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux, en fait, l'intention n'était pas de modifier le texte de ce guide, mais de préparer un deuxième document sans que soit modifié le Guide existant pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux.

99. On a proposé que, dans la mesure où la passation de marchés de travaux comportait parfois, dans le choix des critères, des éléments qui étaient analogues à ceux retenus pour la passation de marchés de services, le Guide devrait préciser que les États souhaiteraient peut-être envisager d'appliquer les dispositions relatives aux marchés de services à la passation de marchés de travaux. La Commission a ensuite abordé l'examen des commentaires sur certains paragraphes de l'annexe du document A/CN.9/394.

Paragraphe 1

100. Il a été proposé que le commentaire 1 *bis* précise qu'à sa présente session la Commission n'avait en fait pas l'intention de modifier la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux, mais plutôt d'adopter un second texte traitant de la passation des marchés de biens, de travaux et de services.

Paragraphe 3

101. On a estimé que l'utilisation, dans le texte anglais, du terme "*commodity*" dans la description des marchés de services était ambiguë et qu'il faudrait utiliser des termes tels que "*object*" ou "*item*".

Paragraphe 5

102. Selon un avis, il fallait supprimer dans l'article 41 *sexies* 12 les termes "apparentée à l'appel d'offres" utilisés pour qualifier la procédure de sélection. On a également estimé que, dans la dernière phrase du paragraphe, il faudrait préciser que, en vertu de la procédure de sélection énoncée à l'article 41 *sexies* 14, l'entité adjudicatrice ne devrait pas revenir sur sa décision et rouvrir, avec des fournisseurs et entrepreneurs, des négociations auxquelles elle avait mis fin.

Paragraphe 12

103. On a estimé que, en raison de la définition plutôt large du terme "services", le Guide devrait donner quelques exemples d'articles, notamment les biens immobiliers, dont le classement pourrait être utilement précisé dans la Loi type.

Paragraphe 13

104. On a estimé, en ce qui concerne la passation de marchés de services, que le Guide devrait indiquer que la réglementation des marchés pourrait traiter de questions telles que les conflits d'intérêt.

Paragraphe 16

105. On a fait valoir que la mention d'informations "connues" de l'entité adjudicatrice devrait porter essentiellement sur les situations dans lesquelles le prix de certaines offres ne serait pas rendu public avant la conclusion de la procédure de passation d'un marché.

Paragraphe 18

106. On a estimé que le Guide devrait donner quelques exemples de services pour lesquels la méthode de passation des marchés devrait être l'appel d'offres. En ce qui concerne le commentaire 2, on a estimé que l'utilisation du terme "*should*" dans la première phrase du texte anglais risquerait, à tort, de donner l'impression que la tenue d'un procès-verbal n'était pas obligatoire.

Paragraphe 21

107. On a estimé que, dans le commentaire 1 relatif à l'article 41 *quater*, où il était fait référence à d'autres articles de la Loi type où des critères analogues étaient énumérés, il faudrait préciser les articles en question.

108. On a fait observer que, dans la dernière phrase du commentaire 2 relatif à l'article 41 *sexies*, il faudrait préciser que les procédures de sélection mentionnées à l'article 41 *sexies* 3 et 4 étaient en fait différentes de l'appel d'offres dans la mesure où elles pourraient s'accompagner de négociations.

109. En ce qui concerne le commentaire 5 relatif à l'article 41 *sexies*, on a estimé que l'interdiction faite à l'entité adjudicatrice de rouvrir les négociations ne devrait pas être interprétée comme rendant la méthode de sélection moins compétitive, mais plutôt comme voulant dire qu'il fallait introduire un certain degré de discipline dans les procédures de passation des marchés.

110. Sous réserve que le secrétariat y apporte les modifications nécessaires pour tenir compte des décisions de la Commission sur la Loi type et des autres suggestions faites par la Commission, la Commission a adopté le texte du Guide.

III. ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL

A. Introduction

111. A sa vingt-sixième session en 1993, la Commission avait examiné une note du Secrétariat intitulée "Directives pour les conférences préliminaires dans le cadre des procédures arbitrales" (A/CN.9/378/Add.2)[5]. Après avoir relevé les avantages que présentait le principe de la souplesse et de la liberté dans la conduite des procédures arbitrales, le Secrétariat notait que, dans certaines circonstances, ce principe pourrait compliquer la tâche des parties désireuses de planifier les différentes étapes de la procédure arbitrale. En outre, le Secrétariat expliquait dans cette note comment il pouvait être paré à cette difficulté en prévoyant, à un stade précoce de la procédure arbitrale, la tenue d'une "conférence préliminaire" pour examiner et planifier la procédure. De surcroît, le Secrétariat suggérait que la Commission établisse des directives pour ces conférences préliminaires et énumérait, à titre provisoire, les questions susceptibles de faire l'objet de telles directives. La Commission a accepté cette suggestion et prié le Secrétariat d'élaborer un projet de di-

[5] *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-huitième session, Supplément n° 17* (A/48/17), par. 291 à 296.

rectives en ce sens[6]. En établissant ce projet, le Secrétariat a jugé que l'expression "conférences préparatoires" était mieux indiquée que celle de "conférences préliminaires" dans la mesure où les conférences envisagées pourraient se tenir à d'autres étapes de la procédure arbitrale.

112. A la présente session, la Commission était saisie des documents A/CN.9/396 et Add. 1, qui contenaient un projet de directives pour les conférences préparatoires dans le cadre des procédures arbitrales. (Pour la conclusion des débats, voir ci-après par. 194 et 195.)

B. Examen du projet de directives pour les conférences préparatoires dans le cadre des procédures arbitrales

1. *Le texte considéré dans son ensemble*

113. La Commission a appuyé généralement l'idée d'établir les Directives, et le projet contenu dans le document A/CN.9/396/Add.1 a été considéré comme offrant une bonne base de discussion. On a estimé que les Directives fourniraient une aide appréciée aux praticiens et qu'elles auraient une valeur éducative certaine. On a également fait observer qu'elles seraient utiles dans le cas d'arbitrages *ad hoc* et d'arbitrages administrés par des institutions arbitrales.

114. On a estimé que le projet devrait souligner que l'opportunité et le moment de la tenue d'une conférence préparatoire dépendaient des besoins de l'affaire considérée ainsi que des attentes des parties et qu'au cas où une telle conférence serait convoquée, la souplesse devrait être de règle pour ce qui est de l'organisation et de la fixation de la date d'une ou de plusieurs conférences préparatoires. On a souligné que les Directives ne devraient pas donner l'impression que les conférences préparatoires constituaient une pratique systématique, leur utilité devant se mesurer à l'économie de temps et d'argent qu'elles permettaient. On a ajouté qu'une conférence préparatoire pourrait être contre-indiquée si les parties affichaient une attitude peu coopérative, voire conflictuelle. On a cependant fait observer qu'il appartiendrait au tribunal arbitral de décider de tenir ou non une conférence en tenant compte essentiellement de l'opportunité de favoriser une procédure arbitrale efficace.

115. On a noté que les questions examinées dans le chapitre III du projet de directives avaient trait à la planification des procédures arbitrales, indépendamment du fait qu'une conférence préparatoire ou spéciale était convoquée ou non. Aussi a-t-on estimé qu'il fallait élargir la portée des Directives et qu'au lieu de présenter les questions à propos desquelles des décisions de procédure pourraient utilement intervenir à un stade précoce simplement comme des points à inscrire à l'ordre du jour de telles conférences, le texte des Directives devrait traiter ces questions dans le cadre des diverses méthodes permettant de planifier la procédure arbitrale, y compris les conférences préparatoires.

116. On a fait observer que certaines des questions qui pouvaient être traitées à une conférence préparatoire avaient trait non à des questions de procédure mais à des questions de fond opposant les parties et que les décisions prises à l'occasion ou à la suite des conférences préparatoires ne devraient pas préjuger de ces questions et devraient être prises d'une façon qui respecte pleinement les droits procéduraux des parties.

117. Comme substitut possible du terme "Directives" figurant dans le titre, on a mentionné le terme "Guide". Comme substituts de l'expression "conférence préparatoire", on a proposé les expressions ci-après : "conférence de planification", "réunion préparatoire", "consultation" et "délibérations préparatoires".

118. On a fait valoir que les Directives gagneraient à être accompagnées d'un index et, si possible, également d'une liste de contrôle succincte des questions qui y étaient abordées.

2. *Projet de chapitre Ier "Considérations générales"*

119. On a proposé d'indiquer au paragraphe 2 que la liberté du tribunal arbitral pouvait également être limitée par l'existence de tel ou tel accord conclu entre les parties.

120. On a proposé de supprimer dans le paragraphe 3 la référence "au style de procédure qui a la préférence des parties", car une telle préférence pourrait ne pas être le fait de toutes les parties à l'arbitrage et il n'était pas nécessaire qu'une préférence soit partagée pour décider de recourir à telle ou telle procédure.

121. On a estimé qu'il serait bon de préciser au paragraphe 6 les raisons qui pourraient inciter les arbitres à tenir une conférence préparatoire. On a noté, en outre, que toutes les questions examinées lors d'une conférence préparatoire ne concernaient pas nécessairement des détails de procédure.

122. On a dit à propos du paragraphe 15 que les Directives devraient préciser qu'il fallait également tenir compte lors des conférences préparatoires des pratiques établies ayant cours au lieu de l'arbitrage. Inversement, on a fait valoir qu'une pratique d'arbitrage qui n'était pas incorporée dans le règlement d'arbitrage convenu était difficile à établir et ne liait pas les parties et qu'il ne convenait donc pas de mentionner l'obligation d'observer une telle pratique.

123. Selon un avis, il fallait supprimer le paragraphe 17 et tout ce qui avait trait dans le paragraphe 16 à la modification du règlement d'arbitrage convenu par les parties. On a dit que les règles d'arbitrage devenaient applicables à la suite d'un accord des parties et que, même s'il allait de soi que les parties pouvaient décider de modifier les termes de leur accord, il ne convenait pas que le tribunal arbitral soulève, lors de la conférence préparatoire, la question d'une telle modification. Selon un autre avis, les textes en question étaient utiles en ce qu'ils mettaient en garde contre les difficultés que pourrait susciter une modification du règlement d'arbitrage.

3. *Projet de chapitre II "Organisation et conduite de la conférence préparatoire"*

124. On a objecté que la dernière phrase du paragraphe 19 pourrait être interprétée comme signifiant que les conféren-

[6] *Ibid.*, par. 293 et 296.

ces préparatoires comportaient intrinsèquement le risque de majorer les coûts de la procédure ou de compliquer l'administration de celle-ci. Pour éviter de donner cette impression, on a proposé d'utiliser une formulation positive décrivant les avantages des conférences préparatoires.

125. On a proposé de supprimer la dernière phrase du paragraphe 21, car le fait qu'une partie pourrait s'opposer à la tenue d'une conférence préparatoire ne signifiait pas nécessairement que la conférence n'atteindrait pas entièrement ses objectifs. On a indiqué que la planification d'une procédure efficace ne devait pas être entravée par les objections d'une des parties. On a cependant fait valoir qu'il pourrait être contre-indiqué pour le tribunal arbitral de tenir une conférence préparatoire en dépit des objections ou de l'absence d'une des parties, comme le prévoyait le paragraphe 22. Au cas où une telle conférence préparatoire se tiendrait malgré tout en l'absence d'une partie, on a estimé qu'il fallait souligner que le respect de la légalité s'imposait au tribunal lorsqu'il prenait des décisions.

126. Selon un avis, il fallait maintenir le paragraphe 23, en y apportant certaines modifications, car il était utile de préciser quels pouvaient être les participants à une conférence préparatoire. Ainsi, le paragraphe 23 devrait commencer par poser la règle usuelle, à savoir que, lorsque les parties étaient représentées par leurs avocats ou par d'autres agents, ces représentants participaient habituellement à la conférence préparatoire; le paragraphe exposerait ensuite les raisons qui pourraient rendre la présence des parties elles-mêmes nécessaire ou utile. On a également proposé de préciser dans le paragraphe que l'invitation à une conférence préparatoire devrait indiquer aussi les questions qui y seraient traitées. Selon une autre opinion, le paragraphe 23 devait être supprimé, car il n'entrait pas dans le rôle du tribunal arbitral d'indiquer aux parties qui devrait participer en leur nom à la conférence préparatoire.

127. En ce qui concerne le paragraphe 24, on a dit que la décision de procéder à des consultations par télécommunications (par exemple, par l'échange de télécopies ou par le truchement de conversations téléphoniques multilatérales) dépendait d'un certain nombre de facteurs et pas uniquement du nombre des questions de procédure à régler.

128. On a estimé qu'il pourrait être utile d'examiner dans le cadre du paragraphe 25 la possibilité de planifier la procédure à partir d'un questionnaire que le tribunal pourrait adresser aux parties ou sur la base des suggestions écrites de celles-ci.

129. S'agissant du paragraphe 31, on a fait valoir que la tenue de plus d'une conférence préparatoire ne devait pas nécessairement être exceptionnelle et que, loin de se borner à envisager le calendrier et le coût pour déterminer l'opportunité de tenir plus d'une conférence, il fallait également se poser la question pertinente de savoir dans quelle mesure une conférence déboucherait sur une procédure arbitrale plus efficace.

130. Des vues divergentes ont été exprimées à propos du paragraphe 33. Selon un avis, il fallait supprimer ce paragraphe, car il ne convenait pas que les Directives entrent dans le dédale de la catégorisation des décisions prises à la conférence préparatoire. Selon un autre avis, le paragraphe devait être maintenu, quitte à le modifier. Ainsi on a proposé de supprimer la mention du fond du différend, car les conférences préparatoires avaient pour objet de régler les questions de procédure, et non pas les questions de fond. Une autre suggestion consistait à donner des exemples de questions à régler à une conférence préparatoire, en se gardant de toute catégorisation. On a fait observer que, même si la conférence préparatoire n'avait pas pour objet de permettre au tribunal arbitral de prendre des décisions sur le fond du différend, les parties devraient cependant avoir la possibilité à cette occasion de s'entendre pour définir ou restreindre la portée des questions devant être tranchées par le tribunal arbitral (selon ce qui était dit à ce sujet dans les sections D et E du chapitre III).

131. Selon une proposition, on pourrait préciser au paragraphe 33 ou ailleurs que la conférence préparatoire offrait aux parties l'occasion de s'entendre pour exclure ou limiter la possibilité d'exercer un recours contre une sentence, de contester celle-ci ou d'en refuser l'application. On a combattu cette proposition au motif que, dans de nombreux systèmes juridiques, la question du recours aux tribunaux était régie par des dispositions auxquelles il ne pouvait être dérogé; de surcroît, il ne convenait pas que le tribunal arbitral suggère aux parties de renoncer à certains de leurs droits dans l'hypothèse où elles ne seraient pas d'accord sur la procédure ou sur la décision concernant le fond du différend.

132. On a fait observer que les deux approches évoquées au paragraphe 34 quant à la manière dont les décisions pouvaient être prises et consignées ne s'excluaient pas mutuellement. On a noté que certains accords des parties devraient être consignés par écrit (par exemple, l'article 1er-1 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI disposait que les modifications au Règlement devaient être convenues par écrit) et on a proposé que les Directives appellent l'attention sur pareils cas.

133. On a objecté que la première phrase du paragraphe 35 pourrait suggérer à tort que les arbitres avaient intérêt à limiter leurs discussions avec les parties au sujet des décisions à prendre.

134. Pour ce qui est du paragraphe 36, on a dit que le degré de détail des décisions prises à une conférence préparatoire n'était pas à proprement parler une affaire de choix, car il dépendait davantage du point de savoir si les informations dont disposaient les arbitres leur permettaient de prendre des décisions détaillées.

4. *Projet de chapitre III "Liste de contrôle annotée des questions pouvant être examinées lors d'une conférence préparatoire"*

135. On a estimé nécessaire de préciser dans le projet de chapitre III que certaines des questions mentionnées dans la liste de contrôle pouvaient être abordées utilement à un stade précoce de la procédure, au moment où tous les points à examiner n'avaient peut-être pas encore été présentés au tribunal arbitral, alors que d'autres questions figurant sur la liste pouvaient être traitées de façon appropriée à un stade plus avancé, après que les parties avaient exposé leurs de-

mandes et leurs arguments. Dans la première catégorie de questions on pouvait ranger, par exemple, les règles régissant la procédure arbitrale (sect. A), la langue de la procédure (sect. M) ou le lieu de l'arbitrage (sect. P); dans la seconde catégorie, on pouvait ranger, par exemple, la définition des questions à examiner et l'ordre dans lequel elles seraient tranchées (sect. D), les faits et questions non contestés (sect. E) et les dispositions relatives à l'administration de la preuve (sect. F à J).

136. Selon un avis, il fallait laisser au tribunal arbitral une certaine latitude pour l'établissement de l'ordre du jour de la conférence préparatoire; selon un autre avis, l'introduction du chapitre III devait comporter une recommandation concernant l'établissement de l'ordre du jour en consultation avec les parties.

137. On a fait observer que, conformément au paragraphe 38, la règle générale était, sous réserve de la latitude laissée au tribunal arbitral, que les questions non inscrites à l'ordre du jour ne devaient pas être soulevées à la conférence préparatoire. Selon un avis, le paragraphe devrait quelque peu élargir le champ des possibilités données à une partie de soulever une question non inscrite à l'ordre du jour.

a) *Question A, "Règles régissant la procédure arbitrale"*

138. L'opinion selon laquelle la question A devait être supprimée de la liste de contrôle a recueilli un certain appui. On a fait valoir que le grand nombre de règles dont il fallait convenir risquait de rendre le choix difficile, excessivement long, et d'ajouter un autre point litigieux aux points de litige existants. En particulier, si les règles choisies s'appliquaient à un arbitrage confié à une institution, il faudrait peut-être procéder à des modifications qui compliqueraient les discussions ou introduiraient un élément d'incertitude dans la procédure.

139. Un certain appui, toutefois, s'est manifesté en faveur du maintien de la question. Il a semblé qu'il pourrait être utile de rappeler aux parties, au stade initial de la procédure, qu'elles souhaiteront peut-être envisager de convenir d'un règlement d'arbitrage, si elles ne l'avaient pas fait auparavant. On a souligné que des considérations de cet ordre ne retarderaient pas la procédure puisque, s'il paraissait difficile de parvenir promptement à un accord, le tribunal pourrait mettre un terme à la discussion sur la question.

b) *Question B, "Compétence et composition du tribunal arbitral"*

140. Des vues divergentes ont été exprimées au sujet du maintien de la question B dans les Directives. Selon un avis, il fallait la conserver, puisqu'il serait utile de préciser, au début de la procédure, si les parties acceptaient la composition du tribunal et en reconnaissaient la compétence, de manière à éviter qu'une partie soulève par la suite des exceptions à ce sujet dans le seul but de retarder la procédure ou l'exécution de la sentence.

141. Selon une autre vue, qui a recueilli un appui considérable, il fallait supprimer la question B. L'attention a été appelée sur les dispositions des lois relatives à la procédure arbitrale (telles que le paragraphe 2 de l'article 16 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international et l'article 21 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI) selon lesquelles l'exception d'incompétence pouvait être soulevée au plus tard lors du dépôt des conclusions en défense ou dès que la question alléguée comme excédant les pouvoirs du tribunal avait été soulevée pendant la procédure arbitrale. Se référant à ces dispositions, on a fait observer que, si la conférence préparatoire se tenait avant la présentation des conclusions en défense, il n'était pas indiqué de demander à la partie d'exprimer sa position quant à la compétence du tribunal avant qu'elle n'ait pleinement examiné et présenté sa défense; mais, d'autre part, si la conférence préparatoire se tenait après la présentation des conclusions en défense, il serait généralement trop tard pour soulever des exceptions quant à la compétence du tribunal.

142. De plus, on a souligné que c'était aux parties qu'il appartenait de soulever une exception quant à la compétence ou la composition du tribunal arbitral et qu'il n'était donc pas opportun que le tribunal arbitral leur demande de se prononcer sur cette question. Dans la mesure où l'expression "composition du tribunal arbitral" pouvait s'entendre également de toute intention de récuser un arbitre en raison de circonstances de nature à soulever des doutes sur son impartialité ou sur son indépendance, on a également estimé que c'était uniquement aux parties qu'il appartenait de soulever cette question et que les dispositions et règles relatives à l'arbitrage prévoyaient généralement un système précis de récusation (par exemple, l'article 13 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international et l'article 11 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI).

c) *Question C, "Possibilité de règlement du différend"*

143. Des opinions divergentes ont été exprimées sur la question de savoir s'il était opportun que le tribunal arbitral soulève, de sa propre initiative, la question de la possibilité de s'entendre pour régler le différend et sur la manière dont le tribunal arbitral pourrait participer à toute négociation à ce sujet. On a fait observer que, dans certains systèmes juridiques, le fait de s'informer des possibilités de règlement par accord entre les parties était incompatible avec la fonction d'arbitre; de plus, a-t-on déclaré, une telle demande pourrait altérer le climat de la procédure, placer une partie dans la situation peu confortable d'avoir à refuser le règlement, soulever des doutes quant à l'impartialité des arbitres, et, en cas d'échec de la conciliation, augmenter, selon toute vraisemblance, le nombre d'exceptions à la sentence arbitrale.

144. Plusieurs déclarations ont fait état de systèmes juridiques prévoyant une disposition autorisant le tribunal arbitral à s'informer de la possibilité de régler le différend par accord des parties et considérant qu'une telle procédure était acceptable et parfois même souhaitable, sous réserve qu'elle soit faite de manière à ne pas compromettre l'impartialité du tribunal.

145. Dans les cas où les parties demandaient, de leur propre initiative, au tribunal arbitral de les aider à parvenir à un règlement, il a été estimé que les rôles de conciliateur et d'arbitre étaient difficilement compatibles et qu'il était donc approprié que les arbitres refusent de jouer le rôle de conciliateur, ou soient réservés dans leurs réponses à une telle initiative. Selon un autre avis, les avantages d'un règlement

justifiaient que le tribunal, sans jamais se départir de son impartialité, réponde positivement à de telles demandes.

146. Sur la base de ces discussions, il a été suggéré de mentionner dans les Directives, avec les avertissements d'usage, les vues et pratiques divergentes et de laisser aux praticiens le soin de décider, conformément aux lois et pratiques applicables, de la manière la plus appropriée de procéder. A l'inverse, il a été proposé de supprimer les observations 1 et 2 pour ne conserver que l'observation 3, de façon à faire ressortir que toute négociation en vue du règlement d'un litige ne devrait concerner le tribunal arbitral que dans la mesure où elle aurait des incidences sur le calendrier de la procédure arbitrale. On a fait observer qu'un exposé des vues et pratiques divergentes s'inspirant des observations 1 et 2 ne fournirait pas de directives suffisamment claires aux praticiens sur la ligne de conduite à adopter.

147. On a relevé qu'il y avait un lien direct entre la question C et l'observation 3, mais aucun lien direct avec les observations 1 et 2.

d) *Question D, "Définition des questions à examiner et ordre dans lequel elles seront tranchées"*

Point i

148. Il a été proposé de supprimer dans la dernière phrase du paragraphe 1 la mention de la possibilité de demander que la procédure se déroule sur pièces uniquement. Il a été déclaré qu'il ne convenait en aucun cas que le tribunal arbitral prenne l'initiative de renoncer à la procédure orale puisque les parties pouvaient considérer l'exposé oral des arguments sur des questions de droit comme étant aussi important que celui sur des questions de fait.

149. En revanche, on a trouvé quelque mérite à la phrase en question dans la mesure où elle donnait un exemple des moyens permettant de limiter les coûts de l'arbitrage après détermination des points litigieux. Il a été proposé à ce sujet de préciser qu'au lieu de supprimer les audiences, il était possible d'en réduire l'importance. Il a été indiqué qu'au cas où la phrase serait conservée, il faudrait énoncer clairement que les parties avaient le droit inconditionnel de demander des audiences quelle que soit la nature de la question à trancher. On a également fait valoir qu'il ne fallait pas encourager le tribunal arbitral, par cet exemple, à prendre l'initiative de ne pas tenir des audiences ou de les limiter, et de laisser cette initiative aux parties.

150. On a fait observer que les faits que devait présenter une partie à l'appui de sa requête dépendaient de la loi applicable en la matière; par conséquent, les points litigieux ne pouvaient être convenablement identifiés que si l'on avait déterminé clairement quelle loi s'appliquait au fond du différend. Les questions D et E ne devaient pas figurer à l'ordre du jour de la conférence préparatoire si la question de savoir quelle était la loi applicable n'avait pas été tranchée au moment de sa tenue.

Point ii

151. On a jugé que les observations 6 et 7 devaient être supprimées puisqu'elles portaient sur le fond du différend et pouvaient susciter des doutes et prêter à confusion.

Point iii

152. En ce qui concerne l'observation 9, on a fait valoir qu'en déterminant l'ordre dans lequel les questions seraient tranchées, le tribunal arbitral devrait prendre soin de ne pas sembler préjuger le fond d'une question, ou d'exprimer une opinion à ce sujet.

153. On a fait observer que l'ordre dans lequel les questions devaient être tranchées devait parfois être changé et que les Directives pourraient mentionner cette possibilité.

154. En ce qui concerne la dernière phrase de l'observation 9, on a indiqué que le critère à appliquer devait être celui de savoir si une question avait un caractère préliminaire. Des réserves ont été exprimées sur la prise en considération d'autres critères, tels que ceux énoncés dans l'observation 9, dans la mesure où leur utilisation pouvait constituer une indication injustifiée et prématurée des chances de succès d'une requête ou porter atteinte à la manière dont une partie souhaitait présenter les faits.

155. Selon un avis, les observations 10 et 11 relatives aux sentences partielles, provisoires ou interlocutoires étaient utiles parce qu'elles précisaient les points énoncés dans l'observation 9. A l'inverse, on a fait remarquer que ces observations devaient être supprimées au motif qu'elles ne relevaient pas de la question inscrite à l'ordre du jour, dans la mesure où il n'existait pas de définition généralement admise de sentences partielles, provisoires ou interlocutoires, et parce qu'il n'était pas possible d'expliquer convenablement cette question complexe dans les limites du cadre dont on disposait.

e) *Question E, "Faits ou questions non contestés"*

156. On a considéré que la remarque 3 devrait être supprimée. Il a été dit que les Directives ne devraient pas suggérer que le tribunal arbitral annonce le coût de l'arbitrage, comme envisagé à la remarque 3, une telle annonce pouvant être interprétée comme un acte coercitif et la remarque 3 donnant une importance injustifiée à l'un seulement des facteurs à prendre en considération dans la répartition des coûts.

f) *Question F, "Dispositions relatives aux pièces justificatives"*

Point ii

157. Il a été proposé de remplacer dans les remarques 4 et 5 le terme "présomption" par un autre terme.

Point v

158. En ce qui concerne les demandes de production de pièces, il a été proposé d'indiquer plus clairement dans les remarques la nécessité de respecter la confidentialité des pièces produites. L'une des raisons particulières justifiant cette nécessité était que les documents confidentiels (par exemple, les communications entre un client et son avocat) pourraient perdre ce statut si leur confidentialité n'était pas respectée. On a mentionné l'article 20 du Règlement de conciliation de la CNUDCI comme modèle éventuel pour la conception d'une approche de la question de la confidentialité.

159. Selon une opinion, la phrase de la remarque 11 traitant des demandes de documents "internes" devrait être supprimée puisqu'elle pourrait limiter indûment les demandes de certains types de documents internes (par exemple, les minutes de réunions d'actionnaires ou les mémoires adressés au sein d'une société) même si le tribunal arbitral devait juger raisonnable une demande tendant à leur production. Il a toutefois été noté que, dans un certain nombre de systèmes juridiques, les conditions dans lesquelles peuvent être déposées des demandes de production de documents et en particulier de documents internes étaient plutôt limitées et que, pour cette raison, il fallait trouver une solution généralement acceptable.

160. En ce qui concerne la référence au droit de refuser de prendre une mesure risquant de se mettre en cause (remarque 13), on a jugé que ce droit était pertinent devant un tribunal pénal mais pas en matière d'arbitrage.

g) *Question G, "Dispositions relatives aux preuves matérielles"*

161. Il a été proposé de revoir la dernière phrase de la remarque 3 de manière à éviter de donner l'impression qu'il était suggéré dans les Directives que les employés d'une partie pouvaient être entendus comme témoins au cours d'une inspection sur place de biens ou de marchandises.

h) *Question H, "Arrangements relatifs aux témoignages"*

Point i

162. On a estimé que la dernière phrase de la remarque 3 devrait être supprimée puisque cette phrase indiquait une préférence pour les témoignages écrits au détriment des dépositions verbales. Il a été dit que cette phrase affectait indûment le principe selon lequel toute décision de renoncer à un témoignage oral devrait être entièrement laissée aux parties.

163. On a fait observer que, dans certaines traditions juridiques, le serment était considéré comme un élément important — et, dans certaines situations, nécessaire — de la déposition d'un témoin. C'est pourquoi, a-t-on dit, remplacer un serment traditionnel par une déclaration écrite, comme cela est mentionné dans la remarque 6, nécessitait le consentement des deux parties.

164. Il a été indiqué que des méthodes divergentes étaient utilisées pour certifier les signatures figurant au bas des déclarations de témoins et que ces méthodes étaient, dans certains cas, régies par des instruments internationaux. Il a été déclaré que, compte tenu de ces différences, il ne convenait pas de tenter dans les Directives d'examiner les diverses méthodes utilisées pour établir des déclarations écrites de témoins ou de fournir des conseils sur celles-ci; il convenait au contraire que les Directives se limitent à rappeler qu'avant que les parties ne soient invitées à produire des déclarations écrites de témoins, elles devraient s'être mises d'accord sur la façon dont ces déclarations allaient être établies.

Point ii

165. On a proposé de supprimer les remarques 8 à 12. A l'appui de cette suggestion, il a été dit que le champ limité des Directives empêchait de décrire de manière appropriée les différentes méthodes d'audition de témoins. En outre, une telle description n'était pas nécessaire puisque l'objet des Directives était d'indiquer les questions sur lesquelles des décisions devaient être prises aux premiers stades de la procédure, mais pas de tenter de donner des avis sur la teneur éventuelle de ces décisions.

166. Il a été proposé par ailleurs de ne supprimer que les remarques 8 et 9. Il a été dit que les autres remarques figurant sous le point ii étaient utiles car elles appelaient l'attention sur les questions qui posaient des problèmes dans la pratique.

Point iii

167. Il a été déclaré qu'en ce qui concerne les procédures d'audition de témoins, dans de nombreux systèmes juridiques, les personnes associées avec l'une des parties n'étaient pas traitées différemment d'autres personnes et que la remarque 15, notamment sa première phrase, devrait être réexaminée.

i) *Question I, "Arrangements relatifs aux témoignages d'experts"*

168. Aucune observation n'a été faite concernant la question I.

j) *Question J, "Arrangements relatifs aux pièces écrites"*

169. On a jugé que la remarque 2 était trop détaillée. Il a été dit qu'au lieu de décrire divers types de pièces écrites pouvant être présentées, il convenait dans cette remarque de se limiter à rappeler au tribunal arbitral de chercher à savoir quel type de pièces les parties avaient l'intention de présenter.

170. Il a été déclaré que les avantages et les inconvénients des présentations consécutives et simultanées dépendaient d'un certain nombre de considérations, dont certaines n'étaient pas mentionnées dans la remarque 5 (par exemple, la célérité des débats), que le soin de peser ces considérations était laissé à la discrétion du tribunal arbitral et qu'il ne convenait pas dans les Directives de guider les arbitres quant à la manière d'exercer leurs choix.

k) *Question K, "Détails pratiques relatifs aux pièces et aux exposés écrits"*

171. Il a été noté que le point d'ordre du jour donné sous la question K était plus détaillé que certains autres, et que la remarque concernant la question K était courte relativement à d'autres. En examinant la question du degré souhaitable d'approfondissement des points d'ordre du jour et des remarques, il a été dit que la réponse dépendait en partie de la forme et du contenu d'une liste de contrôle récapitulative des questions traitées dans le guide, liste qu'il a été suggéré d'établir (voir plus haut, par. 118). Par exemple, si un tel récapitulatif était établi en tant que liste de contrôle des points d'ordre du jour à publier dans un document distinct des Directives, ces points devraient être plus détaillés que si la liste de contrôle analytique et les remarques devaient figurer dans la même publication.

l) *Question L, "Audiences"*

Remarques liminaires et point i

172. On a estimé qu'il pourrait être utile d'aborder lors d'une conférence préparatoire la question de la confidentialité des audiences.

173. Il a été souligné que les décisions concernant les audiences ne pouvaient être prises comme il convenait qu'une fois que les parties avaient déposé leurs requêtes et les réponses correspondantes, permettant au tribunal arbitral de prévoir la longueur des témoignages. Il a été proposé de tenir compte de ce facteur dans les Directives (voir également plus haut, par. 135).

174. Selon une observation, la question L et le projet de directives en général étaient trop détaillés et mettaient indûment l'accent sur des formalités qui apparentaient les procédures arbitrales aux procédures judiciaires, ce qui n'était pas conforme au principe de la souplesse de l'arbitrage.

175. On a estimé que le libellé du chapeau de ce point d'ordre du jour n'exprimait pas suffisamment l'idée que la tenue d'audiences était une façon usuelle de procéder et que les débats où l'on n'examinait que des pièces écrites étaient exceptionnels.

176. En ce qui concerne la deuxième phrase de la remarque 2, il a été déclaré que le tribunal arbitral, en révélant aux parties ses vues provisoires sur le fond de l'affaire, compromettrait son impartialité. On a donc proposé de supprimer cette phrase. Selon une autre déclaration, cette phrase était trop simpliste car si le tribunal arbitral décidait de révéler ses vues provisoires sur le fond de l'affaire, il devait le faire avec une extrême prudence et, par exemple, seulement lorsque tous les arbitres conviendraient qu'une partie perdait son temps et son argent en adoptant en vain une certaine ligne dans l'exposé de ses thèses ou des faits. Une critique analogue a été exprimée en ce qui concerne la dernière phrase de la remarque 5.

177. En ce qui concerne également les débats sur la deuxième phrase de la remarque 2, il a été proposé de supprimer la remarque 2 dans son entier, de même que la remarque 5, parce qu'il ne convenait pas dans les Directives de se lancer dans une explication des avantages et des inconvénients des auditions de témoins et de la façon dont elles devaient être conduites. De telles explications sortaient du véritable champ des Directives, qui devraient se limiter à l'examen des types de décisions à prendre et non pas traiter du fond de ces décisions.

178. Il a été dit que la remarque 7 pouvait être interprétée comme mettant en garde contre la fixation de dates définitives pour les audiences; il ne convenait pas de donner un tel conseil puisque, dans de nombreux cas, la fixation de dates définitives était souhaitable.

Point iii

179. S'il a été reconnu, en l'approuvant, que la remarque 13 soulignait que les modalités de procédure visées dans les remarques 11 et 12 étaient des exemples qu'il fallait adapter aux circonstances de l'affaire, on a fait valoir que les remarques 11 et 12 devraient être supprimées puisqu'il n'était pas possible d'expliquer aussi brièvement tous les aspects à prendre en considération lorsque l'on décidait de l'ordre des exposés au cours des audiences, et puisqu'il ne convenait pas dans les Directives de tenter de donner aux arbitres des orientations sur la manière d'exercer leurs choix. En outre, on s'est inquiété de ce que ces remarques pouvaient être interprétées à tort comme un commentaire de la CNUDCI sur le principe selon lequel chaque partie devait se voir donner toute possibilité de présenter ses moyens; un tel malentendu pouvait surgir si l'on s'appuyait sur ces remarques dans des débats judiciaires au cours desquels une partie s'opposait à la reconnaissance et à l'exécution de la sentence.

Point iv

180. Selon une opinion, la discussion que contenaient les remarques 14 et 15 était utile. Selon une autre opinion, les Directives ne devraient mentionner que la nécessité d'élucider la question de savoir si toutes notes prises au cours de plaidoiries orales étaient censées être remises, et elles ne devraient pas examiner les différentes solutions qui pourraient être retenues s'agissant du moment où de telles notes devraient être remises ou de leur portée et de leur contenu. On a proposé d'examiner ces remarques en ayant à l'esprit les règles régissant la clôture des débats par le tribunal arbitral (par exemple, l'article 29 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI).

m) *Question M, "Langue de la procédure"*

181. On a dit qu'il faudrait peut-être revoir l'emplacement assigné à la question M, ainsi qu'à d'autres questions éventuellement, dans le projet de chapitre III et que l'on pourrait s'inspirer à cet égard de l'ordre adopté pour les articles dans le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et dans la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international.

182. En ce qui concerne la question abordée dans la remarque 2, à savoir quels sont les documents soumis dans leur version originale qui doivent être accompagnés d'une traduction, on a proposé d'examiner cette remarque à la lumière de l'article 17 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

n) *Question N, "Appui administratif"*

183. On a proposé de préciser dans les remarques que le type de services administratifs mentionnés dans l'ordre du jour était fourni également par des institutions arbitrales internationales, dont certaines avaient conclu des accords de coopération entre elles prévoyant une assistance mutuelle pour la fourniture de services administratifs.

o) *Question O, "Secrétaire ou greffier du tribunal arbitral"*

184. On a fait observer que, dans certains lieux d'arbitrage, les institutions arbitrales désignaient des personnes appelées "rapporteurs" qui avaient pour tâche de tenir à jour les dossiers de la procédure, d'élaborer des matériaux d'information et de fournir aux arbitres une assistance quant aux aspects formels de la sentence et d'autres décisions.

p) *Question P, "Lieu de l'arbitrage"*

185. On a dit que la liste des facteurs figurant dans la remarque 2 ne permettait pas de se faire une idée claire de l'importance relative de ces facteurs; par exemple, on pourrait considérer à tort que le régime du lieu où la sentence devrait être appliquée (facteur *g*) était le facteur le moins important, du fait qu'il était mentionné à la fin de la liste. Suite à cette intervention, on a dit que la remarque 2 ne devrait pas essayer d'expliciter les différents facteurs et qu'elle devrait être purement et simplement supprimée, les Directives devant se borner à soulever la question de la détermination du lieu de l'arbitrage, sans examiner les facteurs sur la base desquels ce lieu devrait être choisi.

q) *Question Q, "Dispositions impératives régissant la procédure arbitrale"*

Point i

186. On a estimé qu'il faudrait supprimer le point i de l'ordre du jour ainsi que les remarques correspondantes, car ils étaient incompatibles avec le principe selon lequel il appartenait au tribunal arbitral de prendre connaissance et d'assurer l'interprétation de la loi régissant la procédure arbitrale.

Point ii

187. Selon une opinion, il faudrait supprimer le point ii de l'ordre du jour ainsi que les remarques correspondantes, car la question du respect des obligations en matière de dépôt, d'enregistrement ou de communication de la sentence ne pouvait être planifiée au stade précoce de la procédure auquel les conférences préparatoires se situaient habituellement. De plus, on risquait, en soulevant la question dans les Directives, de susciter l'impression que l'obligation de déposer ou d'enregistrer la sentence incombait au tribunal arbitral, ce qui n'était pas exact dans de nombreux cas.

188. On a exprimé des doutes au sujet de la proposition tendant à supprimer le point ii de l'ordre du jour, car il est apparu important de rappeler aux participants à l'arbitrage les obligations mentionnées dans ce point de l'ordre du jour et les conséquences parfois graves que pouvait entraîner le manquement à ces obligations.

r) *Question R, "Arbitrage multipartite"*

189. On a dit que la planification de la procédure arbitrale multipartite concernait plusieurs questions abordées dans le projet de directives (par exemple, les dispositions concernant l'administration de la preuve et les audiences). Aussi a-t-on estimé préférable d'aborder l'examen de cette question dans une section distincte des Directives, plutôt que d'en faire un point de l'ordre du jour.

190. On a proposé d'arrêter le texte de la remarque 4 après la fin de la première phrase, les Directives n'ayant pas pour objet de proposer des orientations sur des questions que les règles et lois relatives à l'arbitrage laissaient habituellement à la discrétion du tribunal arbitral.

191. On a dit, à propos de la remarque 6, que les Directives devraient éviter de donner l'impression qu'il n'appartenait pas souverainement à chacune des parties de décider des audiences auxquelles elle entendait participer. Dans la foulée de cette déclaration, on a proposé de supprimer la remarque 6.

s) *Questions S, "Consignation du montant des frais", et T, "Autres questions de procédure"*

192. Les questions S et T n'ont donné lieu à aucune observation. (A propos de la question T, voir plus haut, par. 137.)

5. *Autres questions qui pourraient être abordées dans les Directives*

193. On a proposé d'examiner la possibilité d'aborder dans les Directives les questions ci-après :

a) La désignation, le cas échéant, d'une autorité de nomination (par exemple, afin de pouvoir saisir cette autorité de toutes questions concernant la récusation ou le remplacement d'un arbitre ou d'obtenir d'elle qu'elle fixe le montant des frais de la procédure arbitrale ou le montant des sommes à consigner);

b) Le caractère confidentiel des informations révélées au cours de la procédure arbitrale (voir également plus haut les paragraphes 3 et 17);

c) L'utilisation de l'échange de données informatisées (EDI) dans la conduite de la procédure arbitrale (par exemple, pour transmettre des pièces justificatives, des arguments ou des renseignements);

d) L'établissement de règles de base pour les communications entre les parties et le tribunal arbitral (par exemple, ces règles pourraient concerner le nombre des copies à transmettre, l'acheminement des communications écrites, et l'utilisation du télécopieur, du téléphone et des téléconférences).

C. Conclusion

194. La Commission a prié le Secrétariat de réviser le projet de directives à la lumière des observations faites à la présente session et de présenter un projet révisé à la vingt-huitième session de la Commission en 1995 en vue de permettre la mise au point du texte définitif à cette session.

195. La Commission a noté avec satisfaction que le XIIe Congrès international de l'arbitrage, que le Conseil international pour l'arbitrage commercial (CIAA) doit tenir à Vienne du 3 au 6 novembre 1994, offrirait une occasion de choix aux praticiens des différentes parties du monde pour donner leur opinion sur le projet de directives.

IV. GARANTIES ET LETTRES DE CRÉDIT STAND-BY

196. La Commission, à sa vingt-deuxième session, en 1989, a décidé qu'il y avait lieu d'entreprendre des travaux sur une loi uniforme concernant les garanties et les lettres de crédit stand-by, et a confié cette tâche au Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux[7]. A sa

[7] *Ibid., quarante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/44/17), par. 244.

présente session, elle était saisie des rapports du Groupe de travail sur les travaux de ses vingtième et vingt et unième sessions (A/CN.9/388 et A/CN.9/391), auxquelles celui-ci a poursuivi l'élaboration d'un projet de convention sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by. Antérieurement, le Groupe de travail s'était consacré à cette tâche de sa treizième à sa dix-neuvième session. Les rapports de ces sessions figuraient dans les documents A/CN.9/330, A/CN.9/342, A/CN.9/345, A/CN.9/358, A/CN.9/361, A/CN.9/372 et A/CN.9/374. La Commission a noté que le Groupe de travail avait modifié le titre du projet de convention qui parlait maintenant de "garanties indépendantes et lettres de crédit stand-by" au lieu de "lettres de garanties".

197. La Commission a félicité le Groupe de travail des travaux qu'il avait accomplis jusqu'à présent et l'a prié de faire diligence afin d'être en mesure de lui présenter un projet de convention à sa vingt-huitième session en 1995.

V. PROBLÈMES JURIDIQUES LIÉS A L'ÉCHANGE DE DONNÉES INFORMATISÉES

198. A sa vingt-cinquième session, en 1992, la Commission a confié l'élaboration de règles juridiques sur l'échange de données informatisées (EDI) au Groupe de travail des paiements internationaux, qu'elle a rebaptisé Groupe de travail sur les échanges de données informatisées[8]. A sa vingt-sixième session, en 1993, elle était saisie du rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa vingt-cinquième session (A/CN.9/373). Elle a noté que le Groupe de travail avait commencé à débattre du contenu d'une loi uniforme sur l'EDI et a exprimé l'espoir qu'il progresserait rapidement dans l'élaboration de ce texte[9].

199. A sa présente session, la Commission était saisie des rapports du Groupe de travail sur les travaux de ses vingt-sixième et vingt-septième sessions (A/CN.9/373 et A/CN.9/390). Elle s'est déclarée satisfaite du travail accompli par le Groupe de travail et a noté que celui-ci avait décidé de retenir l'expression "dispositions législatives types" afin de rendre compte du caractère particulier du texte qui serait élaboré, qui comprendrait diverses dispositions réglementaires que les États n'incorporeraient pas nécessairement en bloc dans leur droit interne (A/CN.9/390, par. 16 et 17).

200. Pour ce qui est du calendrier des travaux en cours au sein du Groupe de travail, on a exprimé l'avis qu'il serait sans doute difficile d'achever les travaux dans le courant de l'année suivante et de soumettre les dispositions réglementaires types à la Commission à sa session suivante car un certain nombre de questions comme le champ d'application et l'autonomie des parties n'avaient toujours pas été réglées, et que, de toute façon, la Commission risquait de ne pas disposer de suffisamment de temps à cette session pour examiner les règles types. L'opinion qui a prévalu a toutefois été que le Groupe de travail pourrait achever, à sa vingt-huitième ou à sa vingt-neuvième session, une série de projets de dispositions de base, d'autant plus qu'il avait été décidé que les dispositions réglementaires types ne devaient pas être axées sur les relations entre usagers de l'EDI et pouvoirs publics ni sur les transactions des consommateurs (A/CN.9/390, par. 21). On a fait observer que de nouvelles dispositions pourraient être ajoutées à un stade ultérieur, d'autant plus que c'était là un domaine où la technologie évoluait rapidement.

201. S'agissant des travaux futurs, la Commission a noté qu'à sa vingt-septième session, le Groupe de travail avait adopté, à son intention, une recommandation dans laquelle il préconisait d'entreprendre des travaux préliminaires sur la question de la négociabilité et de la cessibilité de droits sur des marchandises dans un contexte électronique dès qu'il aurait achevé l'élaboration des dispositions réglementaires types (A/CN.9/390, par. 155). Cette recommandation a bénéficié d'un appui général. Il a également été suggéré d'inclure, dans les travaux futurs, la négociabilité des droits sur les sûretés. On a objecté à l'encontre de cette suggestion que l'uniformisation serait particulièrement difficile dans ce domaine étant donné qu'il était hautement réglementé au niveau national. Une autre suggestion a bénéficié d'un certain appui, à savoir que la Commission examine les questions juridiques qui se posaient dans le contexte des relations entre les utilisateurs de l'EDI et les prestataires de services, tels que les réseaux de communication électronique. Toutefois, compte tenu du débat auquel cette suggestion avait donné lieu à la vingt-septième session du Groupe de travail (A/CN.9/390, par. 159), la Commission a estimé que, pour le moment du moins, il était préférable que la responsabilité des prestataires de services soit traitée dans les accords concernant les communications et qu'en tout état de cause il serait très difficile d'élaborer des règles qui s'appliquent à tous les types de services de communication électronique. Il a également été suggéré que la Commission étudie les questions juridiques posées par l'encryptage. On a émis l'avis qu'il valait mieux laisser cette question aux organes spécialisés nationaux ou internationaux.

VI. JURISPRUDENCE RELATIVE AUX INSTRUMENTS DE LA CNUDCI

A. Introduction

202. Conformément à une décision prise par la Commission à sa vingt et unième session, le Secrétariat a établi un système de collecte et de diffusion d'informations sur la jurisprudence relative aux instruments de la CNUDCI[10]. Les caractéristiques de ce système sont expliquées dans un guide (A/CN.9/SER.C/GUIDE/1).

B. Examen par la Commission

203. A sa présente session, la Commission a pris note avec satisfaction de l'existence de trois éditions de sommaires dans lesquels étaient résumées 52 décisions judiciaires et

[8] *Ibid., quarante-septième session, Supplément n° 17* (A/47/17), par. 140 à 148.

[9] *Ibid., quarante-huitième session, Supplément n° 17* (A/48/17), par. 263 à 268.

[10] Pour plus de détails sur ce système, voir A/CN.9/267; *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarantième session, Supplément n° 17* (A/40/17), par. 377; A/CN.9/312; et *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-troisième session, Supplément n° 17* (A/43/17), par. 98 à 109.

sentences arbitrales concernant la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises et la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/1, 2 et 3). De nombreux représentants se sont déclarés convaincus de l'utilité du système, en particulier pour favoriser l'interprétation et l'application uniforme des textes normatifs de la CNUDCI.

204. La Commission a noté que les correspondants nationaux devaient rassembler les décisions judiciaires et les sentences arbitrales, établir des sommaires et les communiquer, avec le texte intégral des décisions et des sentences, au Secrétariat, et elle a souligné qu'il fallait, pour que le système réalise tout son potentiel, compléter le réseau de correspondants nationaux et que ceux-ci s'acquittent sans retard de leur tâche. Elle a également noté que la tâche du Secrétariat, qui consistait à éditer les sommaires, archiver les décisions et les sentences sous leur forme originale, traduire les sommaires dans les cinq autres langues de l'Organisation des Nations Unies, les publier dans les six langues de l'Organisation et communiquer, sur demande, les sommaires et le texte intégral des décisions et des sentences aux parties intéressées, s'alourdirait considérablement avec l'augmentation du nombre de décisions et de sentences couvertes par le système. Elle a donc prié le Secrétariat de veiller à ce que soient allouées au système des ressources suffisantes pour assurer son fonctionnement. Elle a remercié les correspondants nationaux et le Secrétariat de leur travail et a instamment prié les États de coopérer avec le Secrétariat au fonctionnement du système et de faciliter la tâche des correspondants nationaux.

205. Un certain nombre de suggestions ont été faites en vue de renforcer encore l'utilité du système. L'une de ces suggestions était l'établissement d'un index sur la base des questions juridiques traitées, et non pas uniquement sur celle des textes dans lesquels ces questions étaient abordées. Afin de favoriser leur diffusion, on a suggéré que les documents établis ou rassemblés dans le cadre du système puissent être consultés, par les moyens de communications électroniques, par les usagers en divers lieux de par le monde, dont des établissements universitaires, les centres d'arbitrage et les centres d'information des Nations Unies.

206. La Commission a noté que, conformément à la décision prise à la cinquième réunion annuelle des correspondants nationaux (Vienne, 22 juillet 1993), les droits d'auteur sur les documents établis dans le cadre du système étaient cédés par les correspondants nationaux à l'Organisation des Nations Unies. Elle a également rappelé les débats qui avaient eu lieu à sa vingt et unième session[11], et a noté que l'accent devait être mis sur une diffusion aussi large que possible. Elle est convenue que la principale raison de mettre les droits d'auteur entre les mains de l'Organisation des Nations Unies était d'éviter que le contenu des documents ne soit dénaturé par des usagers qui les reproduiraient sans autorisation, et que si cette formule empêchait une diffusion aussi large que possible, elle devrait être réévaluée.

207. Enfin, la Commission est convenue que si les orientations générales concernant le système relevaient de son mandat, le fonctionnement du système dans le détail devait être laissé à l'appréciation des correspondants nationaux. A cet égard, on a fait observer qu'il fallait s'efforcer d'obtenir une plus large participation des correspondants nationaux aux réunions annuelles et que celles-ci fassent rapport à la Commission sur les questions importantes concernant le fonctionnement du système.

VII. TRAVAUX FUTURS

A. Aspects juridiques du financement par cession de créances

208. A sa vingt-sixième session (1993), la Commission était saisie d'une note du Secrétariat sur la cession de créances et sur des questions connexes (A/CN.9/378/Add.3). Cette note traitait brièvement de certains aspects juridiques de la cession de créances qui posaient des problèmes dans le commerce international. Sur la base de cette note, la Commission a prié le Secrétariat de réaliser une étude pour déterminer les domaines dans lesquels des travaux d'unification semblaient prometteurs afin de lui permettre de prendre plus facilement une décision sur la faisabilité de tels travaux. Elle a prié le Secrétariat de réaliser cette étude en coopération avec UNIDROIT et d'autres organisations internationales afin d'éviter les doubles emplois.

209. En réponse à cette demande, le Secrétariat a présenté à la Commission, à sa présente session, un rapport (A/CN.9/397) sur l'éventuelle portée des travaux. Il a conclu que des travaux semblaient à la fois souhaitables et possibles, en particulier s'ils étaient limités à la cession de créances commerciales internationales, c'est-à-dire de créances portant sur des sommes dues dans le cadre d'opérations commerciales internationales, y compris la cession-vente ou la cession à titre de garantie, la cession sans notification, l'affacturage non régi par la Convention d'UNIDROIT sur l'affacturage international (Ottawa, 1988), le forfaitage de créances non documentaires, la titrisation et le financement de projets. Le rapport abordait un certain nombre de questions susceptibles d'être examinées, telles que les clauses de non-cession, les cessions globales, les conditions de forme, les effets de la cession entre le cédant et le cessionnaire, les effets de la cession à l'égard du débiteur et à l'égard de tiers, ainsi que la question connexe des priorités entre plusieurs créanciers faisant valoir la même créance. Il suggérait en outre l'enregistrement international comme solution possible au problème des conflits de priorité. Il notait que le mécanisme de l'enregistrement soulevait des questions qui allaient au-delà de la cession de créances et pourrait aussi intéresser d'éventuels travaux dans d'autres domaines tels que la négociabilité des droits sur des marchandises — question que le Groupe de travail sur les échanges de données informatisées avait recommandé à la Commission comme sujet possible pour les travaux futurs (voir A/CN.9/390, par. 157, et par. 201 du présent rapport) et les sûretés — question que le Congrès avait proposée comme sujet possible pour les travaux futurs, ce dont on étudiait actuellement la faisabilité.

210. La Commission s'est félicitée que le Secrétariat poursuive sa coopération avec UNIDROIT, qui était en train d'élaborer un projet de convention sur les sûretés dans le domaine des équipements mobiles, et avec la Banque

[11] *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-troisième session, Supplément n° 17* (A/43/17), par. 103.

européenne pour la reconstruction et le développement (BERD), qui avait élaboré une Loi type relative aux opérations assorties de sûretés. Dans le cadre de cette coopération, un projet du document A/CN.9/397 avait été présenté pour observations à UNIDROIT et à la BERD, et la version finale dudit document avait été présentée oralement au Conseil d'administration d'UNIDROIT lors d'une récente réunion de celui-ci (Rome, 9-14 mai 1994). La Commission a appuyé la conclusion (A/CN.9/397, par. 52 à 56) qu'il était à la fois souhaitable et faisable d'entreprendre des travaux dans le domaine du financement par cession de créances, compte tenu, en particulier, du fait qu'à la dernière session on avait jeté les bases d'une coopération et d'une coordination à l'effet d'éviter les doubles emplois et autres difficultés potentielles. La Commission a prié le Secrétariat d'élaborer une étude qui examinerait plus en détail les questions recensées et qui serait éventuellement accompagnée d'un avant-projet de règles uniformes. Des réserves ont été exprimées cependant en ce qui concerne l'opportunité de traiter des aspects juridiques de la création et du fonctionnement d'un registre international.

211. On a noté que l'étude serait élaborée en collaboration avec UNIDROIT et d'autres organisations internationales intéressées, comme la Banque internationale pour la reconstruction et le développement et la Banque interaméricaine de développement, ainsi qu'avec des organismes nationaux s'occupant de la réforme de la législation en matière de financement par cession de créances, selon une pratique devenue traditionnelle pour les projets de la CNUDCI. On a souligné, en particulier, l'importance d'une coopération étroite avec UNIDROIT pour un certain nombre de raisons.

212. Une de ces raisons était le lien existant entre le financement par cession de créances et l'affacturage. On a indiqué à cet égard que les travaux de la Commission sur le financement par cession de créances n'empiéteraient pas sur le fond de la Convention d'UNIDROIT sur l'affacturage international, car la Convention ne visait que certains types et aspects de l'affacturage international, et non le vaste domaine du financement par cession de créances ou d'autres aspects importants, comme la question de l'ordre de priorité entre plusieurs créanciers faisant valoir leurs droits sur les créances cédées. On a dit qu'un certain nombre d'États envisageaient d'adopter la Convention et que les chances de voir le plus grand nombre possible d'États l'adopter seraient renforcées si la Commission parvenait à concevoir une règle uniforme réglant la question des priorités (A/CN.9/390, par. 36 à 42). Pour éviter, en particulier, de donner prise à la conclusion que les travaux de la Commission dans le domaine du financement par cession de créances pourraient justifier le report de l'adoption de la Convention sur l'affacturage ou que la Convention devait être révisée ou mise à jour, la Commission a exprimé l'opinion que les États devraient envisager d'adopter la Convention.

213. Une autre raison était qu'un enregistrement international (A/CN.9/390, par. 43 à 51) était envisagé dans le cadre des travaux menés par UNIDROIT sur un projet de convention concernant les sûretés grevant le matériel susceptible d'être déplacé d'un pays dans un autre, pour permettre à la nouvelle sûreté internationale qui devait être établie par le projet de convention de produire ses effets à l'égard des tiers et pour régler la question de l'ordre de priorité entre plusieurs créanciers faisant valoir des droits concurrents. Il y avait encore une autre raison, qui était la nécessité d'éviter les doubles emplois avec le projet plus vaste envisagé par UNIDROIT concernant les sûretés en général (A/CN.9/390, par. 8).

214. Les vues et suggestions formulées dans le rapport ont recueilli un vaste appui au sein de la Commission. On s'est cependant interrogé sur la possibilité d'inclure la titrisation, compte tenu du fait que les marchés des valeurs étaient strictement réglementés sur le plan national. Par ailleurs, on a fait observer que la titrisation devrait être incluse dans le champ des travaux en raison de l'importance essentielle qu'elle représentait pour le commerce international, eu égard surtout au fait qu'elle permettait aux banques de refinancer leurs crédits, ce qui contribuerait à développer le financement des échanges. On s'est également demandé s'il était envisageable, en raison de la complexité de la question, de concevoir une règle uniforme concernant les effets de la cession à l'égard des tiers. La Commission n'a pas tranché le point de savoir si ces questions devraient être traitées dans un instrument juridique à venir.

B. Aspects transnationaux de l'insolvabilité

215. A sa vingt-sixième session (1993), la Commission a décidé sur la base d'une note du Secrétariat (A/CN.9/378/Add.4) d'examiner en détail s'il était souhaitable et possible d'entreprendre des travaux sur les aspects transnationaux de l'insolvabilité eu égard aux problèmes pratiques de plus en plus nombreux liés au manque d'harmonie entre les lois nationales régissant cette matière. Le Secrétariat a été prié de réaliser, pour une session future de la Commission, une étude approfondie sur l'opportunité et la faisabilité de règles harmonisées sur les aspects transnationaux de l'insolvabilité[12].

216. A la présente session, la Commission a appris que, pour commencer à rassembler des renseignements pour l'étude de faisabilité demandée par la Commission, le Secrétariat avait, avec le coparrainage et l'aide technique d'INSOL International, tenu un colloque sur les aspects transnationaux de l'insolvabilité (Vienne, 17-19 avril 1994). INSOL est une association internationale de praticiens des diverses professions qui participent aux affaires transnationales d'insolvabilité. Le Colloque, auquel ont participé 90 personnes environ venues de divers pays, avait pour but de permettre à la Commission d'évaluer d'un point de vue pratique l'opportunité et la faisabilité de tous travaux futurs qu'elle pourrait envisager d'entreprendre dans ce domaine.

217. Au Colloque, un grand nombre de participants ont estimé qu'il était nécessaire de mettre au point des mécanismes juridiques pour limiter la mesure dans laquelle les disparités et conflits entre les lois nationales faisaient inutilement obstacle à la réalisation des objectifs économiques et sociaux fondamentaux des procédures d'insolvabilité et entravaient par là l'activité commerciale. Beaucoup ont signalé que, dans l'actuel contexte juridique, c'était la fragmentation et le cloisonnement par pays qui l'emportaient dans l'administration des cas transnationaux d'insolvabilité.

[12] *Ibid., quarante-huitième session, Supplément n° 17* (A/48/17), par. 302 à 306.

218. En manière de conclusions, on a noté que le Colloque s'était montré très réceptif à l'intérêt marqué par la Commission pour un éventuel projet sur les aspects transnationaux de l'insolvabilité et que le Secrétariat, en coopération avec des organisations intéressées, poursuivrait dans ce domaine l'étude de faisabilité demandée par la Commission.

219. Le Secrétariat a signalé que, compte tenu de l'évaluation actuelle de la faisabilité du projet, des débats du Colloque et des consultations qui y avaient eu lieu avec des praticiens et des organisations intéressées, il était maintenant possible d'identifier, dans le domaine de l'insolvabilité transnationale, un certain nombre de sujets sur lesquels il apparaissait que la Commission pourrait effectuer des travaux qui seraient non seulement bien accueillis mais également faisables et utiles. De plus, il semblait possible de travailler sur ces sujets sans nécessairement aborder ce que le Colloque avait généralement considéré comme n'étant pas, du moins présentement, un sujet d'étude possible ni même nécessairement souhaitable, à savoir l'unification quant au fond du droit de l'insolvabilité. Le premier des sujets en question avait trait à la coopération judiciaire. Il a été signalé qu'INSOL International avait proposé de coparrainer avec la CNUDCI et d'organiser, à l'occasion d'une conférence régionale devant se tenir à Toronto en mars 1995, un colloque, destiné à des magistrats, sur la coopération judiciaire dans l'insolvabilité transnationale. Ce colloque devrait permettre d'obtenir l'opinion des magistrats sur la mesure dans laquelle la coopération judiciaire était possible dans l'état actuel du droit, par exemple par application de la notion de courtoisie internationale; d'étudier les limites de la coopération dans l'état actuel du droit et de déterminer quelles règles pourraient être nécessaires pour que la coopération judiciaire puisse, pour commencer, faire face aux difficultés qui découlent de procédures parallèles et de régimes juridiques et juridictions pouvant être en conflit.

220. Un deuxième sujet, que l'on pourrait intituler "accès et reconnaissance", avait trait aux moyens de permettre aux créanciers ou aux représentants à une procédure étrangère en déclaration d'insolvabilité d'avoir accès aux tribunaux, et d'assurer la reconnaissance des ordonnances émises par des tribunaux étrangers dans le cadre des procédures en déclaration d'insolvabilité. Dans ce domaine, des travaux préliminaires pourraient préciser les avantages et inconvénients des différentes approches législatives possibles en matière d'accès et de reconnaissance, compte tenu en particulier des efforts de réforme législative faits sur le plan national et multilatéral, et évaluer l'opportunité de formuler des règles uniformes en matière d'accès et de reconnaissance.

221. Une troisième possibilité que la Commission pourrait envisager en temps opportun était celle de formuler un ensemble de dispositions législatives types sur l'insolvabilité. On a fait observer — bien que ce ne soit pas là la conclusion à laquelle le Colloque est arrivé — que, sans tenter d'unifier complètement le droit quant au fond, un code type sur l'insolvabilité pourrait en fin de compte être important non seulement pour les gouvernements soucieux de moderniser le droit, mais aussi pour les milieux commerciaux et pour les praticiens du droit. Pour parer aux difficultés que susciterait une tentative d'unification globale du droit de fond de l'insolvabilité et pour tenir compte des différentes options de principe qu'un État souhaiterait envisager lorsqu'il rédige sa législation sur l'insolvabilité, le code type pourrait offrir différentes formules pour appliquer ces diverses options de principe. On a mentionné, en songeant à une éventuelle coopération dans ce domaine avec le Comité J de la Section de droit commercial de l'Association internationale du barreau, les travaux préliminaires que cet organe effectue actuellement sur les notions fondamentales d'un code type de l'insolvabilité.

222. La Commission s'est félicitée des travaux réalisés et a prié le Secrétariat de les poursuivre sur la base décrite plus haut en mettant l'accent, à ce stade, sur les questions ayant trait à la coopération judiciaire ainsi qu'à l'accès et à la reconnaissance.

C. Projets "Construction, exploitation, transfert"

223. La Commission était saisie d'une note sur les travaux futurs possibles dans le domaine des projets "Construction, exploitation, transfert (CET)" (A/CN.9/399). On a signalé qu'à sa vingt-sixième session, en 1993, la Commission avait été saisie d'une note sur les travaux futurs possibles (A/CN.9/378) dans laquelle le Secrétariat informait la Commission qu'il suivait les travaux de l'Organisation des Nations Unies pour le développement industriel (ONUDI) sur l'établissement de "Directives pour l'élaboration, la négociation et la conclusion de contrats relatifs à des projets CET". A cette session, la Commission avait souligné l'importance des projets CET et s'était félicitée de l'intention du Secrétariat de soumettre à la Commission une note sur les travaux futurs possibles dans ce domaine. La note dont la Commission était saisie avait pour objet d'informer la Commission de la situation actuelle dans ce domaine.

224. La Commission a noté que, sous sa forme la plus fondamentale, un projet CET était une opération dans laquelle un gouvernement accordait à un consortium privé, pour un certain temps, une concession pour la création d'un projet; le consortium construisait, exploitait et gérait alors le projet pendant un certain nombre d'années après son achèvement, récupérait ses frais de construction et percevait un bénéfice sur le produit du fonctionnement et de l'exploitation commerciale du projet; à l'échéance de la concession, le projet était transféré au gouvernement. La Commission a aussi noté que le manque de connaissances techniques, surtout au sein des gouvernements, pour mettre sur pied un projet CET entravait le processus de négociation.

225. On a signalé que le fait que la responsabilité du remboursement de tous emprunts passait du "client" traditionnel (le gouvernement) au consortium privé impliquait un risque accru pour les bailleurs de fonds. Ceux-ci se trouvaient par conséquent mis dans une situation où ils devaient rechercher des moyens supplémentaires de réduire leurs risques en faisant notamment appel à un assureur. A cause de cette répartition non traditionnelle des risques entre les diverses parties, la phase précontractuelle d'un projet CET était généralement assez complexe.

226. On a aussi signalé qu'un autre élément qui entravait parfois la création des projets CET était, dans certains États, l'absence de certitude juridique quant à la réalisation de certains aspects d'un projet. Dans d'autres cas, on ne voyait pas

clairement quels étaient le fondement et les effets juridiques de certaines assurances contractuelles à long terme que le gouvernement devait nécessairement donner au consortium privé. Il pouvait par conséquent être nécessaire d'adopter une législation habilitante de manière que le cadre juridique sous-jacent soit de nature à attirer les projets CET.

227. La Commission a noté que les problèmes susmentionnés, parmi d'autres, et les avantages que pouvaient offrir les projets CET avaient amené l'ONUDI à entreprendre l'établissement des "Directives pour l'élaboration, la négociation et la conclusion de contrats relatifs à des projets CET". Outre la diffusion d'informations sur les projets CET, les Directives avaient pour objet de permettre aux États et à toutes les autres parties intéressées de concevoir et de formuler l'approche appropriée pour promouvoir et créer les projets CET. Il a aussi été noté que le Secrétariat suivait les progrès réalisés à l'ONUDI dans l'établissement des Directives, qui devraient être achevées en septembre 1994.

228. De nombreux membres de la Commission ont demandé que celle-ci entreprenne des travaux dans le domaine des projets CET. On a fait observer que les aspects juridiques des projets CET feraient partie des Directives de l'ONUDI, mais qu'il ne serait peut-être pas possible de les traiter, dans ce texte, d'une manière détaillée. On s'est particulièrement intéressé à l'intention qu'avait le Secrétariat, une fois les Directives de l'ONUDI achevées, d'étudier l'opportunité et la faisabilité d'autres travaux que la Commission pourrait entreprendre sur certains problèmes liés aux projets CET. Ces travaux pourraient comprendre, par exemple, la création d'un cadre juridique habilitant pour les projets CET, en particulier pour l'accord de concession, ou des directives aux parties pour la conclusion des contrats, par exemple à titre de supplément au Guide juridique de la CNUDCI sur l'établissement des contrats de construction d'installations industrielles. Il a aussi été dit que les travaux futurs pourraient porter sur la passation des marchés pour les projets CET.

D. Mise en œuvre d'autres propositions faites au Congrès de la CNUDCI

229. Une fois terminé le débat sur les trois sujets traités plus haut, il a été signalé à la Commission qu'en application de propositions faites au Congrès de la CNUDCI de 1992, le premier concours d'arbitrage Willem C. Vis s'était tenu à Vienne en mars 1994. Il a aussi été signalé que le Secrétariat, pour étudier la mise en œuvre de la proposition tendant à établir un mécanisme pour suivre l'application de la Convention sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958), tiendrait des consultations avec le Comité D de l'Association internationale du barreau.

VIII. RÈGLES ET USANCES UNIFORMES DE LA CCI RELATIVES AUX CRÉDITS DOCUMENTAIRES (RUU 500)

230. La Commission était saisie d'une note dans laquelle la Chambre de commerce internationale (CCI) demandait que la Commission envisage de recommander d'appliquer dans le cadre du commerce international la révision de 1993 des RUU, comme elle l'avait fait avec des versions révisées antérieures des RUU (1962, 1974 et 1983). La Commission a décidé de faire une recommandation dans ce sens en adoptant la résolution ci-après :

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

Remerciant la Chambre de commerce internationale de lui avoir transmis le texte révisé des "Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires", qui a été approuvé par la Commission des techniques et pratiques bancaires de la Chambre de commerce internationale et adopté par le Conseil de la Chambre de commerce internationale le 23 avril 1993, avec effet au 1er janvier 1994,

Félicitant la Chambre de commerce internationale d'avoir apporté une nouvelle contribution à la facilitation du commerce international en mettant à jour ses règles et usances relatives aux crédits documentaires pour permettre de nouveaux progrès dans l'industrie des transports et de nouvelles applications technologiques et pour améliorer l'application des règles,

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

Recommande l'application de la révision de 1993 dans les transactions impliquant l'établissement d'un crédit documentaire."

231. Au cours du débat qui a précédé l'adoption de la résolution ci-dessus, nombre de membres de la Commission ont exprimé leur préoccupation, estimant qu'une stricte application des droits d'auteur détenus par la CCI sur les RUU (de même que pour les INCOTERMS de la CCI ou des formulaires types de la Fédération internationale des associations de transitaires et assimilés (FIATA), du moins en ce qui concerne l'usage que feraient de ces textes les pouvoirs publics et les établissements d'enseignement, ne serait pas appropriée pour un texte juridique uniforme de cette nature destiné à être utilisé à l'échelle mondiale. La Commission a généralement estimé qu'une approche restrictive, qui limiterait l'usage que pouvaient faire des RUU les pouvoirs publics et les établissements d'enseignement, serait préjudiciable aux objectifs de l'harmonisation du droit et de la diffusion de l'information, et contraire à l'objectif qu'était la recherche de la reconnaissance en droit du texte et d'autres formes d'appui juridique pour celui-ci. La Commission a demandé au Secrétariat de faire connaître les préoccupations exprimées à ce sujet. La Commission a également manifesté de l'intérêt pour la possibilité d'examiner en termes plus généraux les questions soulevées lors du débat quant à l'approbation par la Commission de textes juridiques élaborés par d'autres organisations, activité qui relevait du mandat de la Commission.

IX. FORMATION ET ASSISTANCE TECHNIQUE

232. La Commission était saisie d'une note du Secrétariat (A/CN.9/400) indiquant que ce dernier poursuivait l'exécution d'un programme actif de formation et d'assistance,

même si ce qu'il lui était possible de faire, compte tenu des ressources financières et humaines limitées à sa disposition, ne permettait de satisfaire qu'une partie des besoins et des intérêts en présence.

233. On a indiqué qu'étant donné que les séminaires nationaux étaient, à efficacité égale, relativement plus économiques que les séminaires régionaux, le Secrétariat avait continué de privilégier les premiers. Depuis la précédente session, des séminaires nationaux s'étaient tenus : *a)* en Mongolie (septembre 1993), en coopération avec le Gouvernement mongol — environ 30 participants; *b)* à Karachi (Pakistan) (29 et 30 septembre 1993), en coopération avec l'Institut de formation de l'Administration des douanes et la Research Society for International Law — environ 35 participants; *c)* à Bichkek (Kirghizistan) (5-7 octobre 1993), en coopération avec le Gouvernement kirghize — environ 15 participants; *d)* à Buenos Aires (Argentine) (20 et 21 octobre 1993), en coopération avec le Gouvernement argentin — environ 130 participants; *e)* à Rio de Janeiro (Brésil) (25-26 octobre 1993), où des conférences sur les textes de la CNUDCI avaient été organisées en coopération avec l'Université Candido Mendes et PETROBRAS — environ 65 participants; et *f)* à Istanbul (Turquie) (25-27 avril 1994), en coopération avec l'Université de Marmara et l'Union des Chambres de commerce turques — environ 50 participants.

234. Au niveau régional, un séminaire de la CNUDCI de quatre jours avait été organisé dans le cadre de la conférence biennale de l'Association juridique de l'Asie et du Pacifique (LAWASIA), LAWASIA'93, à Colombo du 13 au 16 septembre 1993. On a relevé que des membres du Secrétariat avaient participé et contribué à des conférences, séminaires et cours sur le droit commercial international organisé par d'autres organisations. En outre, le Secrétariat avait accepté de coparrainer le cours de troisième cycle de droit commercial international, d'une durée de trois mois, qui sera organisé en 1994 par l'Institut universitaire d'études européennes et le Centre international de formation de l'Organisation internationale du Travail à Turin (Italie). Ce cours traitera de questions touchant l'harmonisation du droit commercial international et de divers sujets inscrits au programme de travail de la Commission.

235. Il a été indiqué qu'un programme de simulation d'arbitrage de deux jours axé sur les textes de la Commission avait été organisé à New York les 25 et 26 mai 1994 par l'Union internationale des avocats; ce programme était parrainé par l'American Bar Association, l'Association of the Bar of the City of New York and the New York Country Lawyers Association, et a été accueilli dans ses locaux par la Faculté de droit de l'Université Fordham.

236. Le Secrétariat a signalé que les textes juridiques de la CNUDCI étant de plus en plus connus dans de nombreux pays, notamment dans les pays en développement et les États nouvellement indépendants, le nombre des demandes d'assistance émanant de pays envisageant d'adopter une législation fondée sur des textes de la CNUDCI était en augmentation. Ceci impliquait fréquemment l'examen de projets de loi en rapport avec les textes de la CNUDCI. On a signalé que le Secrétariat comptait intensifier encore ses efforts tendant à organiser ou coparrainer des séminaires et des colloques sur le droit commercial international. Pour le reste de l'année 1994, des séminaires étaient ainsi prévus au Botswana, au Kenya, en Namibie, en Ouganda, en République-Unie de Tanzanie et au Zimbabwe. D'autres demandes concernant l'organisation de séminaires et l'envoi de missions d'information concernant les textes de la CNUDCI reçues de divers pays d'Afrique, d'Amérique latine et des Caraïbes, ainsi que de pays d'Europe orientale et d'Asie centrale, seraient dans la mesure du possible satisfaites en 1994, compte tenu des contraintes matérielles.

237. Le Secrétariat a souligné qu'il ne serait à même d'exécuter ces plans que s'il recevait des fonds suffisants sous la forme de contributions au Fonds d'affectation spéciale pour les colloques. On a aussi noté qu'aucun crédit n'avait été prévu au budget ordinaire pour les frais de voyage des participants et des conférenciers. De ce fait, les dépenses devaient être financées par des contributions volontaires versées au Fonds d'affectation spéciale de la CNUDCI pour les colloques, dont la dotation demeurait insuffisante et était en fait en train de diminuer malgré la demande croissante de formation et d'assistance technique.

238. Quant aux contributions au Fonds d'affectation spéciale de la CNUDCI pour les colloques, la Commission a noté que le Canada avait versé une contribution pour plusieurs années. Les contributions de ce type présentaient un intérêt particulier, car elles permettaient au Secrétariat de planifier et de financer le programme sans avoir à solliciter des fonds auprès des donateurs potentiels pour chaque activité. Par ailleurs, les contributions de la France et de la Suisse avaient été utilisées pour le programme de séminaires.

239. La Commission a exprimé sa gratitude à tous ceux qui avaient versé des contributions au programme de séminaires et au Fonds d'affectation spéciale de la CNUDCI pour les colloques. Reconnaissant que la formation et l'assistance technique revêtaient une importance cruciale pour la diffusion d'informations sur les textes de la CNUDCI, la Commission a noté qu'il était nécessaire que les États envisagent de verser des contributions au Fonds d'affectation spéciale de la CNUDCI pour les colloques afin de permettre au Secrétariat de donner suite aux demandes croissantes de formation et d'assistance technique, notamment à celles des pays en développement et des États nouvellement indépendants. La Commission a également noté que le Secrétariat devait veiller à se doter de ressources humaines suffisantes pour faire face aux demandes croissantes de séminaires et d'assistance technique. Il a été noté en particulier que les dépenses nettement plus importantes que l'Organisation et les États Membres consentaient pour l'élaboration de textes seraient d'autant plus rentables que des crédits suffisants seraient affectés à la formation et à l'assistance technique. La Commission a en outre noté que le Secrétariat avait l'intention d'instaurer une coopération et une coordination avec le Programme des Nations Unies pour le développement et d'autres organismes d'aide au développement.

X. ÉTAT ET PROMOTION DES TEXTES JURIDIQUES DE LA CNUDCI

240. La Commission a examiné l'état des conventions (signatures, ratifications, adhésions et approbations) qui

étaient le fruit de ses travaux, à savoir la Convention sur la prescription en matière de vente internationale des marchandises (New York, 1974) (la "Convention sur la prescription"), le Protocole modifiant la Convention sur la prescription (Vienne, 1980), la Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, 1978 (Hambourg) (les "Règles de Hambourg"), la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980) (la "Convention des Nations Unies sur les ventes"), la Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux (New York, 1988) (la "Convention de la CNUDCI sur les lettres de change et les billets à ordre") et la Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international (Vienne, 1991) (la "Convention des Nations Unies sur les exploitants de terminaux"). La Commission a également examiné l'état de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958). En outre, la Commission a pris note des États et territoires ayant adopté des textes législatifs fondés sur la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (la "Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage").

241. La Commission a noté avec satisfaction que, depuis que lui avait été présenté le précédent rapport à sa vingt-sixième session (1993), la République tchèque avait déposé un instrument de succession à la ratification par l'ex-Tchécoslovaquie de la Convention sur la prescription. On a de même noté la succession de la Bosnie-Herzégovine à l'adhésion de l'ex-Yougoslavie à cette convention, ainsi que la ratification de l'Ukraine et l'adhésion des États-Unis d'Amérique. La Commission a noté avec plaisir que la République tchèque avait aussi déposé un instrument de succession en ce qui concerne le Protocole modifiant la Convention sur la prescription et que les États-Unis d'Amérique avaient adhéré à ce protocole.

242. La Commission a noté avec satisfaction que l'Autriche avait déposé un instrument de ratification et le Cameroun un instrument d'adhésion en ce qui concerne les Règles de Hambourg.

243. La Commission a noté avec satisfaction que la Bosnie-Herzégovine et la Slovénie avaient déposé des instruments de succession à la ratification par l'ex-Yougoslavie de la Convention des Nations Unies sur les ventes, que la République tchèque avait déposé un instrument de succession à la ratification de cette convention par l'ex-Tchécoslovaquie, et que l'Estonie avait déposé un instrument d'adhésion à cette convention.

244. La Commission a noté avec plaisir que, depuis sa dernière session, la Croatie et l'ex-République yougoslave de Macédoine avaient déposé des instruments de succession à l'adhésion de la Yougoslavie à la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, que la République tchèque avait déposé un instrument de succession à la ratification de cette convention par l'ex-Tchécoslovaquie et que l'Arabie saoudite, l'Estonie et la Géorgie avaient déposé des instruments d'adhésion à cette convention.

245. En ce qui concerne la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage, la Commission a noté avec plaisir que les textes législatifs fondés sur la Loi type avaient été adoptés par les Bermudes, l'Égypte, la Fédération de Russie, la Finlande et le Mexique. A cet égard, il a été signalé que les principes de base qui sous-tendent la Loi type étaient consacrés dans la nouvelle législation italienne relative à l'arbitrage commercial international.

246. La Commission a noté une certaine incertitude parmi les États nouvellement constitués sur la question de savoir s'ils se considéraient liés par les conventions auxquelles les États dont ils étaient les successeurs avaient été parties. Elle a donc invité ces États nouvellement constitués à préciser leur position et à en informer le Secrétaire général.

Règles de Hambourg

247. La Commission, sur la base d'une note du Secrétariat intitulée "État des Règles de Hambourg" (A/CN.9/401/Add.1), a examiné l'état de la Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, 1978 (les "Règles de Hambourg"), qui était entrée en vigueur le 1er novembre 1992 et à laquelle 22 États étaient actuellement parties. La note expliquait que les Règles de Hambourg avaient été conçues pour remplacer le "régime de responsabilité de La Haye", lequel reposait sur la Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissement du 25 août 1924 (les "Règles de La Haye"), que certains États avaient adoptée telle que modifiée par le Protocole du 23 février 1968 (les "Règles de La Haye-Visby") ou par le Protocole du 21 décembre 1979. La note signalait les différences majeures existant entre les Règles de Hambourg et le régime de La Haye et décrivait les problèmes qui en découlaient.

248. D'aucuns ont regretté la lenteur du processus d'adoption des Règles de Hambourg par les États et les disparités croissantes entre les législations nationales résultant du fait que certains États avaient adopté ou envisageaient d'adopter des lois combinant des dispositions fondées sur les Règles de Hambourg, le régime de La Haye et des solutions non unifiées.

249. Diverses délégations ont exprimé leur grave préoccupation au sujet des problèmes posés par la coexistence de régimes différents en matière de responsabilité. Elles ont souligné, à titre d'exemple, que des marchandises transportées sur un seul navire étaient soumises à des régimes de responsabilité différents, selon l'État dans lequel telle ou telle partie de la cargaison avait été chargée ou déchargée, ou l'État où les documents faisant preuve des contrats de transport des différentes parties de la cargaison avaient été émis. Cet amalgame de régimes juridiques différents augmentait les frais de justice, rendait difficile pour le transporteur l'évaluation de l'étendue de sa responsabilité, compliquait les négociations en vue d'un règlement, entravait l'utilisation d'une documentation uniforme en matière de transport, faussait la concurrence entre les transporteurs et entraînait un traitement inégal pour les clients du transporteur.

250. Il a été noté que certains avaient suggéré que, puisque dans certains pays les transporteurs s'opposaient à l'adhésion aux Règles de Hambourg, il fallait s'efforcer de les réviser afin d'élaborer un régime plus largement acceptable.

La Commission a estimé qu'il n'était pas souhaitable d'adopter une telle approche, car il était peu probable qu'elle permettrait d'éliminer les disparités entre les régimes juridiques, étant donné notamment qu'il n'existait pas de convergence de vues concernant les dispositions des Règles de Hambourg qui pourraient être modifiées ou l'orientation générale de toute modification. Il a également été fait observer que, pendant toute la durée des travaux préparatoires qui ont abouti à l'élaboration des Règles de Hambourg, tous les groupes d'intérêts avaient participé aux négociations et que les solutions adoptées reflétaient les concessions mutuelles étudiées en détail qui avaient été faites. Le texte adopté avait été largement approuvé, dans la mesure où, sur les 71 États parties à la Conférence universelle de plénipotentiaires qui avait adopté la Convention, 68 avaient voté pour, 3 s'étaient abstenus et aucun n'avait voté contre. Il a été souligné que les Règles de Hambourg constituaient une partie importante de la législation nationale des États qui avaient adhéré à la Convention et que ceux-ci n'avaient pris aucune initiative en vue d'une modification. S'il a été reconnu que les États étaient évidemment libres d'adopter le régime de responsabilité qu'ils préféraient, d'aucuns ont souligné qu'afin de surmonter les difficultés actuelles, les Règles de Hambourg devraient faire l'objet d'une large adoption dans une brève période de temps, ce qui permettrait de contrôler le fonctionnement du système et d'introduire de nouvelles solutions, au cas où l'émergence de faits nouveaux dans la pratique et de nouvelles techniques de transport l'exigeraient.

251. La Commission a entendu une déclaration faite au nom du Comité maritime international (CMI), l'informant de la préoccupation de cet organe au sujet de l'absence d'harmonie dans le système juridique régissant le transport de marchandises par mer, l'examen par son conseil exécutif des problèmes résultant de cette situation et du fait que le Comité souhaitait collaborer avec elle en vue de mettre au point une solution aboutissant à l'uniformité du droit. La Commission a accueilli cette déclaration avec satisfaction et s'est félicitée des perspectives de coopération avec le CMI.

252. D'aucuns ont insisté sur le fait que le Secrétaire général devait accroître ses efforts en vue de promouvoir une adhésion plus large aux Règles de Hambourg, notamment en diffusant des informations et en donnant des explications détaillées sur les avantages qu'en retireraient tous les participants au transport de marchandises par mer.

XI. RÉSOLUTIONS PERTINENTES DE L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE ET QUESTIONS DIVERSES

A. Résolution de l'Assemblée générale sur les travaux de la Commission

253. La Commission a pris note avec satisfaction de la résolution 48/32 de l'Assemblée générale en date du 9 décembre 1993, relative à son rapport sur les travaux de sa vingt-sixième session. Elle a notamment pris note du fait qu'au paragraphe 5 de la résolution, l'Assemblée générale avait prié le Secrétaire général de créer un Fonds d'affectation spéciale distinct pour permettre à la Commission d'octroyer 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. Il a été fait observer à cet égard que le Fonds d'affectation spéciale était en cours de création et que les États Membres seraient informés une fois le processus mené à son terme.

254. La Commission a également pris note des résultats des travaux des réunions consécutives de ses groupes de travail, dont l'organisation avait été recommandée par l'Assemblée générale au paragraphe 13 de sa résolution 47/34 du 12 novembre 1992 et examinée par la Commission à sa vingt-sixième session. On a fait observer qu'en raison du calendrier établi par le Bureau des services de conférence du Secrétariat de l'ONU, il avait été tenu deux séries de réunions consécutives, l'une de quatre semaines et l'autre de six semaines. On a fait remarquer que ces sessions avaient fait apparaître les inconvénients que présentaient pour les travaux de la Commission la tenue de réunions consécutives de différents groupes de travail, inconvénients que la Commission avait évoqués à sa vingt-sixième session[13].

255. La Commission a également saisi cette occasion pour confirmer qu'il fallait continuer d'établir des comptes rendus analytiques de séances pour les parties de la session de la Commission au cours desquelles des textes juridiques étaient examinés aux fins d'adoption, ces comptes rendus constituant un élément important des *travaux préparatoires*.

B. Bibliographie

256. La Commission a pris note avec satisfaction de la bibliographie des ouvrages récents se rapportant à ses travaux (A/CN.9/402).

C. Date et lieu de la vingt-huitième session de la Commission

257. Il a été décidé que la Commission tiendrait sa vingt-huitième session à Vienne du 2 au 26 mai 1995, durée jugée nécessaire du fait que trois projets de textes juridiques seraient vraisemblablement présentés à la Commission pour mise au point et adoption.

D. Sessions des groupes de travail

258. Il a été décidé que le Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux tiendrait sa vingt-deuxième session du 19 au 30 septembre 1994 à Vienne et, si nécessaire, sa vingt-troisième session du 9 au 20 janvier 1995 à New York.

259. Il a été décidé que le Groupe de travail de l'échange des données informatisées tiendrait sa vingt-huitième session du 3 au 14 octobre 1994 à Vienne et sa vingt-neuvième session du 27 février au 10 mars 1995 à New York.

---

[13] *Ibid.*, par. 340 et 341.

ANNEXE I

Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services

[Annexe reproduite dans la troisième partie, I, du présent volume]

ANNEXE II

Liste des documents dont la Commission a été saisie à sa vingt-septième session

[Annexe reproduite dans la troisième partie, V, A, du présent volume]

B. Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) : extrait du rapport du Conseil du commerce et du développement sur la première partie de sa quarante et unième session (TD/B/41(1)/14, vol. I)*

"*Point 8. Autres questions relatives au commerce et au développement* :

"a) *Développement progressif du droit commercial international : vingt-septième rapport annuel de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*

"A sa 847e séance, le 20 septembre 1994, le Conseil du commerce et du développement a pris note du rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur sa vingt-septième session (A/49/17), dont il était saisi sous couvert d'une note du secrétariat de la CNUCED (TD/B/41(1)/12)."

Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, Supplément n° 15 (A/49/15), vol. II, section I, B.

C. Assemblée générale : rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-septième session : rapport de la Sixième Commission (A/49/739)

I. INTRODUCTION

1. La question intitulée "Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-septième session" a été inscrite à l'ordre du jour provisoire de la quarante-neuvième session de l'Assemblée générale conformément à la résolution 48/32 de l'Assemblée, en date du 9 décembre 1993.

2. L'Assemblée générale a décidé à sa 3e séance plénière, le 23 septembre 1994, sur la recommandation du Bureau, d'inscrire cette question à son ordre du jour et de la renvoyer à la Sixième Commission.

3. Pour l'examen de ce point, la Sixième Commission était saisie des documents suivants :

a) Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-septième session[1];

b) Rapport du Secrétaire général sur l'application des paragraphes 5 et 6 de la résolution 48/32 de l'Assemblée générale (A/49/427).

4. La Sixième Commission a examiné le point 138 à ses 3e, 4e, 5e séances, ses 36e et 37e séances, les 26, 29 et 30 septembre et les 16 et 17 novembre 1994. Les vues exprimées par les représentants qui sont intervenus au cours de cet examen sont consignées dans les comptes rendus analytiques consacrés à ces séances (A/C.6/48/SR.3 à 5, 36 et 37).

5. A la 3e séance, le 26 septembre, le Président de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international à sa vingt-septième session a présenté le rapport de la Commission sur les travaux de cette session.

6. A la 5e séance, le 30 septembre, le Président de la Commission a prononcé une allocution de clôture.

II. EXAMEN DES PROPOSITIONS

A. Projet de résolution A/C.6/49/L.11

7. A la 36e séance, le 16 novembre, le représentant de l'Autriche a présenté un projet de résolution intitulé "Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services" (A/C.6/49/L.11), parrainé par les pays suivants : *Allemagne, Argentine, Australie, Autriche, Azerbaïdjan, Bélarus, Belgique, Belize, Cambodge, Canada, Chypre, Danemark, Fédération de Russie, Finlande,*

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

France, Honduras, Hongrie, Italie, Maroc, Nicaragua, Norvège, Pologne, Portugal, République dominicaine, République tchèque, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Singapour, Slovaquie, Suède, Thaïlande et *Ukraine*. La *Bulgarie* et le *Guatemala* se sont joints ultérieurement aux auteurs du projet de résolution.

8. A sa 37e séance, le 17 novembre, la Commission a adopté le projet de résolution A/C.6/49/L.11 sans procéder à un vote (voir par. 12, projet de résolution I).

B. Projet de résolution A/C.6/49/L.13

9. A la 36e séance, le 16 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 vingt-septième session" (A/C.6/49/L.13) parrainé par les pays suivants : *Algérie, Allemagne, Argentine, Australie, Autriche, Belgique, Belize, Brésil, Cambodge, Canada, Chine, Chypre, Danemark, Finlande, France, Grèce, Honduras, Hongrie, Italie, Japon, Maroc, Myanmar, Nicaragua, Norvège, Portugal, République dominicaine, République tchèque, Singapour, Slovaquie, Suède* et *Thaïlande*. Le *Guatemala*, l'*Inde*, l'*Islande*, la *Turquie* et l'*Uruguay* se sont joints ultérieurement aux auteurs du projet de résolution.

10. A sa 37e séance, le 17 novembre, la Commission a adopté le projet de résolution A/C.6/49/L.13 sans procéder à un vote.

11. Après l'adoption du projet de résolution, le représentant de la Fédération de Russie a fait une déclaration expliquant son vote (voir A/C.6/49/SR.37).

III. RECOMMANDATIONS DE LA SIXIÈME COMMISSION

12. La Sixième Commission recommande à l'Assemblée générale d'adopter les projets de résolution ci-après :

[Le texte de ces projets de résolution n'a pas été reproduit dans la présente section. Les projets de résolution I et II ont été adoptés, après modifications rédactionnelles, par l'Assemblée générale en tant que résolutions 49/54 et 49/55 (voir section D ci-dessous).]

D. Résolutions 49/54 et 49/55 de l'Assemblée générale, en date du 9 décembre 1994

49/54. *Loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services*

L'Assemblée générale,

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

Notant que les marchés représentent une fraction importante des dépenses publiques de la plupart des États,

Rappelant que la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international a achevé et adopté, à sa vingt-sixième session, la Loi type sur la passation des marchés de biens et de travaux[1],

Rappelant également que la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international a décidé, à sa vingt-sixième session, d'établir des dispositions législatives types sur la passation des marchés de services tout en laissant intacte la Loi type sur la passation des marchés de biens et de travaux,

Notant que des dispositions législatives types sur la passation des marchés de services établissant des procédures destinées à encourager l'intégrité, la confiance, l'équité et la transparence dans le processus de passation des marchés favoriseront également l'économie, l'efficacité et la concurrence dans la passation des marchés et accéléreront ainsi le développement économique,

Considérant que l'établissement de dispositions législatives types sur la passation des marchés de services susceptibles d'emporter l'adhésion d'États ayant des systèmes juridiques, sociaux et économiques différents devrait contribuer au développement de relations économiques internationales harmonieuses,

Convaincue que des dispositions législatives types sur les services figurant dans un texte unique traitant de la passation des marchés de biens, de travaux et de services aideront sensiblement tous les Etats, y compris les pays en développement et les États dont l'économie est en transition, à améliorer leur législation en vigueur en matière de passation de marchés et à élaborer une telle législation lorsqu'il n'en existe pas,

1. *Prend note avec satisfaction* de l'achèvement et de l'adoption par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international de la Loi type sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services[2] et du Guide pour l'incorporation de la Loi type dans le droit interne[3];

2. *Recommande* à tous les États, vu qu'il est souhaitable d'améliorer et d'uniformiser les lois sur la passation des marchés, de s'inspirer de préférence de la Loi type lorsqu'ils promulgueront ou réviseront leur législation en la matière;

3. *Recommande également* de n'épargner aucun effort pour que la Loi type ainsi que le Guide soient largement diffusés et accessibles à tous.

84e séance plénière
9 décembre 1994

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-huitième session, Supplément n° 17* (A/48/17), annexe I.

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

[3] A paraître sous la cote A/CN.9/403.

49/55. *Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-septième session*

L'Assemblée générale,

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

Réaffirmant sa conviction que l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international, en réduisant ou en supprimant les obstacles juridiques au courant des échanges internationaux, notamment ceux auxquels se heurtent les pays en développement, contribueraient de façon appréciable à l'établissement d'une coopération économique universelle entre tous les États, sur la base de l'égalité, de l'équité et de la communauté d'intérêts, ainsi qu'à l'élimination de la discrimination dans le commerce international et, partant, au bien-être de tous les peuples,

Soulignant qu'il importe que des États se trouvant à tous les niveaux de développement économique et appartenant à des systèmes juridiques différents participent à l'harmonisation et à l'unification du droit commercial international,

Ayant examiné le rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-septième session[1],

Consciente de la contribution précieuse que fournit la Commission dans le cadre de la Décennie des Nations Unies pour le droit international en ce qui concerne notamment la diffusion du droit commercial international,

Préoccupée par le fait que le nombre d'experts de pays en développement ayant participé aux sessions de la Commission, en particulier de ses groupes de travail, au cours des dernières années a été relativement faible, en partie parce que les ressources sont insuffisantes pour financer le voyage de ces experts,

Ayant examiné le rapport du Secrétaire général[2],

Préoccupée également par le fait que, en raison des faibles ressources humaines et financières disponibles, les besoins et l'intérêt auxquels répond le programme de formation et d'assistance de la Commission ne peuvent être que partiellement satisfaits, et que la charge de travail du Secrétariat liée à la jurisprudence née des instruments adoptés par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international s'alourdira sensiblement à mesure qu'augmentera le nombre des décisions judiciaires et des sentences arbitrales,

1. *Prend acte avec satisfaction* du rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-septième session;

2. *Se félicite* des travaux en cours de la Commission, tels qu'ils sont décrits dans son rapport, ainsi que de l'intérêt des nombreuses propositions relatives à des travaux futurs à envisager, qui ont été présentées au cours du Congrès sur le droit commercial international de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, tenu à New York du 18 au 22 mai 1992;

3. *Réaffirme* que la Commission, en tant que principal organe juridique du système des Nations Unies dans le domaine du droit commercial international, a pour mandat de coordonner les activités juridiques dans ce domaine afin d'éviter un gaspillage d'efforts et de favoriser l'efficacité, la cohésion et la cohérence dans l'unification et l'harmonisation du droit commercial international et, à cet égard, recommande que la Commission continue, par l'intermédiaire de son secrétariat, à coopérer étroitement avec les autres organismes intergouvernementaux et non gouvernementaux, y compris les organismes régionaux, qui s'occupent de droit commercial international;

4. *Réaffirme également* l'importance, en particulier pour les pays en développement, de l'œuvre que la Commission accomplit en matière de formation et d'assistance dans le domaine du droit commercial international;

5. *Affirme* qu'il est souhaitable que la Commission parraine des séminaires et des colloques afin de promouvoir cette formation et cette assistance et, à cet égard :

a) Remercie la Commission d'avoir organisé des séminaires en Argentine, au Brésil, au Kirghizistan, en Mongolie, au Pakistan, à Sri Lanka et en Turquie ainsi qu'au Botswana, au Kenya, en Namibie, en Ouganda, en République-Unie de Tanzanie et au Zimbabwe et d'avoir aidé le Conseil de coopération économique du Pacifique dans son action visant à harmoniser le droit commercial international dans la région de l'Asie et du Pacifique;

b) Remercie les gouvernements dont les contributions ont permis l'organisation des séminaires et invite instamment les gouvernements, les organes compétents de l'Organisation des Nations Unies, les organisations, les institutions et les particuliers à verser des contributions volontaires au Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international et, le cas échéant, à financer des projets spéciaux et à aider de toute autre manière le secrétariat de la Commission à financer et organiser des séminaires et des colloques, en particulier dans des pays en développement, ainsi qu'à accorder des bourses à des candidats de pays en développement de façon à leur permettre de participer à ces séminaires et colloques;

c) Lance un appel au Programme des Nations Unies pour le développement et à d'autres organismes des Nations Unies responsables de l'aide au développement pour qu'ils appuient le programme de formation et d'assistance technique de la Commission, coopèrent avec celle-ci et coordonnent leurs activités avec les siennes;

6. *Se félicite* de la création du Fonds d'affectation spéciale qui doit permettre à la Commission d'octroyer 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, en application du paragraphe 5 de la résolution 48/32 de l'Assemblée générale en date du 9 décembre 1993;

7. *Invite instamment* les gouvernements, les organes compétents de l'Organisation des Nations Unies, les organi-

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

[2] A/49/427.

sations, les institutions et les particuliers à verser des contributions volontaires au Fonds d'affectation spéciale visé au paragraphe 6 ci-dessus afin de permettre à tous les États Membres de participer pleinement aux sessions de la Commission et de ses groupes de travail;

8. *Décide*, afin d'assurer la pleine participation de tous les États Membres aux sessions de la Commission et de ses groupes de travail, de continuer à envisager, dans le cadre de la grande commission compétente au cours de la quarante-neuvième session de l'Assemblée générale, d'octroyer une aide au titre des frais de voyage, dans les limites des ressources existantes, aux pays les moins avancés qui sont membres de la Commission, sur leur demande et en consultation avec le Secrétaire général;

9. *Prie* le Secrétaire général de veiller à ce que des ressources suffisantes soient allouées pour l'application effective des programmes de la Commission;

10. *Souligne* qu'il importe, pour l'unification et l'harmonisation mondiales du droit commercial international, de donner effet aux Conventions issues des travaux de la Commission et, à cette fin, invite instamment les États qui ne l'ont pas encore fait à envisager de signer et de ratifier ces conventions ou d'y adhérer;

11. *Prie également* le Secrétaire général de lui présenter, à sa cinquantième session, un rapport sur l'application du paragraphe 8 ci-dessus.

84e séance plénière
9 décembre 1994

I. PASSATION DES MARCHÉS

A. Rapport du Groupe de travail du nouvel ordre économique international sur les travaux de sa seizième session (Vienne, 6-17 décembre 1993) (A/CN.9/389) [Original : anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
INTRODUCTION		1-8
I.	DÉLIBÉRATIONS ET DÉCISIONS	9
II.	EXAMEN DES PROJETS DE DISPOSITIONS LÉGISLATIVES TYPES SUR LA PASSATION DES MARCHÉS DE SERVICES	10-78
	Remarques générales	10-17
	Titre	18
	Préambule	19
	CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GÉNÉRALES	20-52
Article 1er.	Champ d'application	20-21
Article 2.	Définitions	22-26
Articles 3 à 5		27
Article 6.	Qualification des fournisseurs ou entrepreneurs	28-29
Articles 7 et 8		30
Article 9.	Forme des communications	31
Article 10.	Règles régissant les pièces fournies par les entrepreneurs ou fournisseurs	32
Article 11.	Procès-verbal de la procédure de passation du marché	33
Articles 12 et 13		34
Article 14.	Règles concernant la description des biens ou des travaux	35
Article 15.	Langue à utiliser	36
	CHAPITRE II. MÉTHODES DE PASSATION DES MARCHÉS ET CONDITIONS D'UTILISATION DE CES MÉTHODES	37-52
Article 16.	Méthodes de passation des marchés	37-45
Article 17.	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	46-47
Article 18.	Conditions d'utilisation de l'appel d'offres restreint	48-49
Article 19.	Conditions d'utilisation de la procédure de sollicitation de prix	50
Article 20.	Conditions d'utilisation de la procédure de sollicitation d'une source unique	51-52
	CHAPITRE III. PROCÉDURE D'APPEL D'OFFRES	53-62
Article 21.	Appel d'offres national	53
Article 22.	Procédures de sollicitation des offres ou des demandes de présélection	54
Article 23.	Teneur de l'invitation à soumettre une offre et de l'invitation à présenter une demande de présélection	55
Article 24.	Communication du dossier de sollicitation	56
Article 25.	Teneur du dossier de sollicitation	57
Articles 26 à 31		58

		Paragraphes
Article 32.	Examen, évaluation et comparaison des offres	59
Article 33.	Rejet de toutes les offres	60
Article 34.	Interdiction des négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs	61
Article 35.	Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché	62
CHAPITRE IV.	PASSATION DE MARCHÉS PAR D'AUTRES MÉTHODES QUE LA PROCÉDURE D'APPEL D'OFFRES	63-77
Article 36.	Appel d'offres en deux étapes	63
Article 37.	Appel d'offres restreint	64
Article 38.	Sollicitation de propositions	65-74
Article 39.	Négociation avec appel à la concurrence	75
Article 40.	Sollicitation de prix	76
Article 41.	Sollicitation d'une source unique	77
CHAPITRE V.	RECOURS	78
III.	NOUVEL EXAMEN DES DISPOSITIONS DE LA LOI TYPE	79-143
Préambule		79
Article 1er		80
Article 2		81-83
Article 6		84-89
Article 7		90
Article 8		91
Article 11		92
Article 14		93
Article 16		94-99
Article 17		100
Article 20		101-104
Article 23		105-109
Article 25		110-113
Article 28		114-115
Article 31		116
Article 32		117
Article 40		118
Article 42		119
Article 46		120
Nouvel article sur les procédures spéciales relatives aux marchés de services		121-143
IV.	AUTRES QUESTIONS	144-151
V.	TRAVAUX FUTURS	152-153

INTRODUCTION

1. A sa dix-neuvième session, en 1986, la Commission a décidé que priorité serait donnée aux travaux sur la passation des marchés et a confié cette tâche au Groupe de travail du nouvel ordre économique international. A sa dixième session, tenue du 17 au 25 octobre 1988, le Groupe de travail a entamé ses travaux sur ce sujet par l'examen d'une étude de la passation des marchés établie par le Secrétariat (A/CN.9/WG.V/WP.22). De sa onzième à sa quinzième session, il a élaboré la Loi type sur la passation des marchés de biens et de travaux (les rapports de ces sessions sont publiés sous les cotes A/CN.9/331, 343, 356, 359 et 371). Le Groupe de travail a jugé qu'il serait préférable de mettre d'abord au point les dispositions relatives aux marchés de biens et de travaux avant d'élaborer les dispositions applicables aux marchés de services (A/CN.9/315, par. 25). Cette décision était notamment motivée par le fait que certains aspects des marchés de services faisaient intervenir des considérations différentes de celles qui présidaient aux marchés de biens et de travaux. La Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux a été adoptée par la Commission à sa vingt-sixième session (Vienne, 5-23 juillet 1993).

2. A cette vingt-sixième session, sur la base d'une note relative aux travaux futurs possibles concernant la passation de marchés de services établie par le Secrétariat (A/CN.9/378/Add.1), la Commission a convenu d'entreprendre des travaux dans ce domaine et a chargé le Groupe de travail d'élaborer des projets de dispositions législatives types sur la passation des marchés de services. La Commission a convenu que le Groupe de travail devrait achever ses travaux sur les projets de dispositions types suffisamment à temps pour qu'elle puisse les examiner à sa vingt-septième session.

3. Le Groupe de travail, qui se compose de tous les États membres de la Commission, a tenu sa seizième session à Vienne, du 6 au 17 décembre 1993. Ont participé à la session les représentants des États Membres suivants du Groupe de travail : Allemagne, Arabie saoudite, Argentine, Autriche, Canada, Chine, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Iran (République islamique d'), Japon, Mexique, Nigéria, Pologne, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Soudan et Thaïlande.

4. Les observateurs des États suivants ont également participé à la session : Arménie, Bélarus, Bolivie, Brésil, Colombie, Croatie, Indonésie, Pérou, Qatar, République de Corée, Suisse, Turquie, Ukraine et Uruguay.

5. Ont également participé à la session les observateurs des organisations internationales ci-après :

a) *Organismes des Nations Unies :* Banque mondiale;

b) *Organisations intergouvernementales :* Agence spatiale européenne (ESA), Comité consultatif juridique Afrique-Asie (CCJAA);

c) *Organisations internationales non gouvernementales :* Association internationale du barreau.

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

Président : M. David Morán Bovio (Espagne)

Rapporteur : M. Abdolhamid Faridi Eraghi (République islamique d'Iran).

7. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants :

a) Ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.V/WP.37)

b) Marchés de services : note du Secrétariat (A/CN.9/378/Add.1)

c) Passation des marchés : projets de dispositions législatives types sur la passation des marchés de services : note du Secrétariat (A/CN.9/WG.V/WP.38)

d) Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux[1].

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

1. Élection du bureau.

2. Adoption de l'ordre du jour.

3. Dispositions législatives types sur la passation des marchés de services.

4. Questions diverses.

5. Adoption du rapport.

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-huitième session, Supplément n° 17* (A/48/17), annexe I.

I. DÉLIBÉRATIONS ET DÉCISIONS

9. Le Groupe de travail a procédé à une première lecture de la Loi type sur la passation des marchés de biens et de travaux en vue de déterminer quelles modifications pourraient y être apportées de manière à y incorporer les marchés de services. Le Groupe de travail a ensuite examiné une deuxième fois la Loi type et discuté plus en détail lesdites modifications, y compris divers projets de propositions. Les délibérations et décisions du Groupe de travail figurent aux chapitres II et III ci-après. Après avoir achevé ses travaux, le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'établir une version révisée de la Loi type, compte tenu desdites délibérations et décisions.

II. EXAMEN DES PROJETS DE DISPOSITIONS LÉGISLATIVES TYPES SUR LA PASSATION DES MARCHÉS DE SERVICES

Remarques générales

10. En premier lieu, le Groupe de travail a pris note du fait que, selon un avis, les dispositions législatives types sur la passation des marchés de services qui seraient élaborées devraient, ce qui serait difficile, être conformes aux travaux en cours au sein de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) dans le domaine du libre accès des fournisseurs de services aux marchés publics. Il a été en outre noté que cette question avait été soulevée lorsque la Commission avait décidé, à sa vingt-sixième session, lors de l'adoption de la Loi type de la CNUDCI sur la passation de marchés de biens et de travaux, d'élargir cette Loi type aux services.

11. L'approche présentée dans les deux propositions soumises au Groupe de travail par le Secrétariat a été dans l'ensemble approuvée en tant que méthode de travail; cette approche consistait à modifier et à compléter la Loi type en vue d'arriver à un texte global régissant les marchés de biens, de travaux et de services. Dans le même temps, il a été noté que les travaux qu'entreprendrait le Groupe de travail révéleraient dans quelle mesure cette approche était réaliste, ou s'il serait nécessaire d'élaborer une loi type autonome traitant des marchés de services. Il a également été avancé que l'on pourrait envisager de reprendre certains éléments des propositions publiées dans le document A/CN.9/378/Add.1, notamment l'idée d'élaborer un chapitre distinct traitant de certains aspects des marchés de services, ainsi que d'autres éléments des propositions publiées sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.38, tels que l'ajout, dans les dispositions relatives aux procédures de sollicitation de propositions, de mesures spéciales relatives aux services.

12. Le Groupe de travail a étudié la question de savoir quels services devraient être régis par la Loi type. A ce propos, il a été demandé si la Loi type devrait exclure certains types de services pour lesquels les entités adjudicatrices ne recourraient sans doute pas aux procédures énoncées dans la Loi type. Il a notamment été fait référence aux contrats de services personnels ou aux contrats d'emploi, ainsi qu'aux services professionnels. Pour ce qui est de la première catégorie, le Groupe de travail a noté que le re-

crutement de personnel n'entrait pas dans le cadre de la Loi type; quant aux services professionnels, si, selon un avis, ils n'entraient pas non plus dans le champ des procédures de passation des marchés décrites dans la Loi type, il a été jugé dans l'ensemble qu'ils constituaient l'une des principales catégories de services que devrait régir la Loi type, puisqu'ils représentaient un pourcentage important des marchés publics.

13. Dans le même temps, le Groupe de travail a estimé qu'il ne serait ni possible, ni souhaitable de s'efforcer d'énumérer les types de services qui entreraient dans le champ de la Loi type, ou d'énumérer les types de services que les États adoptant la Loi type voudraient peut-être exclure. L'établissement de telles listes serait compliqué par le fait qu'il existait de nombreuses catégories et sous-catégories de services, dont certaines risqueraient d'être omises. Il a été jugé plus approprié de donner une certaine souplesse à la Loi type, en laissant aux États l'adoptant le soin de définir dans leur législation les types de services auxquels la loi s'appliquerait. Il a en outre été convenu dans l'ensemble qu'il serait bon que la Loi type prévoie que les États pourraient exclure certains services, parmi ceux qui seraient inclus dans une définition générale, plutôt que de prévoir une liste exhaustive des services qui seraient régis par la Loi type.

14. Il a été convenu dans l'ensemble que toutes les méthodes de passation des marchés qu'offrait actuellement la Loi type pour les biens et les travaux devraient également être applicables aux marchés de services, mais qu'il faudrait sans doute donner davantage de liberté à l'entité adjudicatrice quant au choix de la méthode à utiliser dans un cas donné. L'attention a notamment été appelée sur la nécessité d'examiner l'applicabilité de la règle générale énoncée à l'article 16-1 relative au recours à la procédure de l'appel d'offres. Le Groupe de travail a jugé que certains types de services simples, qui pourraient être détaillés, pourraient faire l'objet d'une procédure d'appel d'offres, mais que d'autres méthodes seraient sans doute plus appropriées pour la majorité des services. Il a été convenu que l'on ne devrait pas s'efforcer dans la Loi type d'indiquer la méthode de passation des marchés à utiliser pour les différents types de services, bien que l'on ait suggéré que le Guide pour l'incorporation de la Loi type donne des conseils à ce propos.

15. Le Groupe de travail a noté que les procédures à suivre pour l'ensemble des méthodes devraient être examinées, afin qu'il soit possible de déterminer dans quelle mesure des modifications devraient y être apportées compte tenu des caractéristiques particulières des marchés de services. Par exemple, il a été demandé s'il ne serait pas approprié de prévoir une procédure de négociation, lorsque la procédure d'appel d'offres devait être utilisée pour un marché de services, de manière à permettre l'organisation de négociations en vue d'évaluer les qualifications et les capacités techniques des fournisseurs. En outre, il a été noté que l'on devrait également étudier si les conditions d'utilisation des méthodes de passation des marchés autres que l'appel d'offres prévues actuellement dans la Loi type seraient appropriées pour les services. Par exemple, il a été suggéré que le Guide pour l'incorporation de la Loi type indique que le seuil de valeur pour certaines méthodes de passation des marchés pourrait être plus bas pour les services que pour les biens et travaux.

16. Le Groupe de travail a examiné plusieurs modifications terminologiques proposées aux paragraphes 5 à 7 du document A/CN.9/WG.V/WP.38. Ces modifications étaient les suivantes : remplacement, dans l'ensemble de la Loi type, des mots "biens ou travaux" par les mots "objet du marché"; ajout des mots "ou services" dans diverses dispositions de la Loi type; et autres modifications similaires. Le Groupe de travail a noté, à propos de plusieurs dispositions de la Loi type, que ces propositions générales ne semblaient pas suffisantes pour préciser et éclaircir ces dispositions et qu'il faudrait donc examiner les modifications proposées au cas par cas.

17. Après cet échange de remarques générales, le Groupe de travail a décidé de procéder à un examen article par article du texte actuel de la Loi type en vue de déterminer quels changements devraient être apportés de manière à incorporer les marchés des services et d'évaluer les propositions faites.

Titre

18. Le Groupe de travail a décidé de n'examiner la proposition tendant à intituler la Loi type "Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés" qu'après avoir achevé l'examen des modifications à apporter au corps du texte.

Préambule

19. Il a été noté que le libellé du préambule devrait être élargi aux services. (Pour d'autres observations, voir également le paragraphe 79.)

Chapitre premier. Dispositions générales

Article premier. Champ d'application

20. Comme il a été noté ci-dessus au paragraphe 12, le Groupe de travail a souhaité que l'État adoptant la Loi type ait une certaine latitude pour déterminer les services à inclure et a convenu qu'il faudrait pour ce faire énoncer dans la Loi type une disposition selon laquelle certains services pourraient être exclus, soit par la loi elle-même, soit par la réglementation des marchés. Une telle approche donnerait à la Loi type la souplesse voulue, tout en mettant l'accent sur la transparence qui devait être inhérente au processus d'exclusion du champ d'application de la Loi type. Il a été proposé que le Guide pour l'incorporation de la Loi type indique qu'un organe ou une procédure réglementaires devraient sans doute être mis en place dans l'État adoptant la Loi type, afin de déterminer les éléments qui seraient considérés comme des services.

21. Il a été demandé si le libellé de la procédure d'exclusion prévu au paragraphe 2 *b* permettrait d'exclure certains types de services. A ce propos, il a été noté que cette disposition avait plutôt été élaborée pour exclure des secteurs économiques entiers et que, si on l'appliquait aux services, on risquerait d'aboutir à l'exclusion d'un trop grand nombre de services. L'ajout d'un alinéa expressément consacré à l'exclusion de certains services, ou bien le traitement de cette question dans le Guide, a reçu un large appui. (Pour d'autres observations, voir également le paragraphe 80.)

Article 2. Définitions

22. Le Groupe de travail a accepté une proposition tendant à modifier comme suit la définition des mots "passation d'un marché" à l'alinéa *a* de l'article 2 :

"Les mots "passation d'un marché" désignent l'acquisition par un moyen quelconque, y compris l'achat, la location, le crédit-bail ou la location-vente, de biens, de travaux ou de services."

23. Il a été proposé de raccourcir la définition en supprimant les mots "y compris l'achat, la location, le crédit-bail ou la location-vente". On a jugé que cette proposition devrait être soumise à un groupe de rédaction.

24. Il a été proposé d'ajouter une référence aux services connexes à la fin de la définition des biens à l'alinéa *c* : "et inclut les services connexes à la fourniture de biens si la valeur de ces services ne dépasse celle des biens eux-mêmes". Cette proposition a été acceptée, car il fallait établir une distinction entre les marchés de services eux-mêmes et les marchés de biens portant également sur des services connexes.

25. Le Groupe de travail a estimé que la Loi type devrait comporter une définition du mot "services". Il a été jugé que cette définition était d'autant plus nécessaire que l'on avait retenu une approche souple pour ce qui est des services qui seraient régis par la Loi type. On s'est prononcé pour une définition du type de celle qui était suggérée par le Secrétariat (A/CN.9/WG.V/WP.38, note suivant le paragraphe 3), selon laquelle le mot "services" désignerait les produits qui ne sont ni des biens ni des travaux.

26. Le Groupe de travail a convenu que, s'il faudrait laisser aux États adoptant la Loi type la possibilité d'inclure des catégories de biens additionnels, une option similaire pour ce qui est des "services" serait superflue, vu la nature de cette définition.

Articles 3 à 5

27. Aucune observation n'a été faite à propos des articles 3 à 5 intitulés : Obligations internationales du présent État touchant la passation des marchés [et accords gouvernementaux au sein (du présent État)]; Réglementation des marchés; et Accès aux textes juridiques relatifs aux marchés.

Article 6. Qualification des fournisseurs ou entrepreneurs

28. Le Groupe de travail a adopté et renvoyé à un groupe de rédaction une proposition tendant à ajouter, notamment au paragraphe *b* i, des mots qui seraient mieux adaptés aux exigences des marchés de services, notamment de services professionnels. Il a également été noté que, bien que tous les critères énoncés à l'article 6 ne soient pas pertinents pour les marchés de services, l'entité adjudicatrice n'aurait, conformément à l'approche retenue, qu'à appliquer les critères de qualification appropriés en l'espèce.

29. Il a été proposé de modifier le paragraphe 5, afin que l'entité adjudicatrice ne puisse, dans le cadre de marchés de services, énoncer des critères de qualification ou d'autres critères objectivement injustifiables qui auraient pour effet de causer une discrimination entre les fournisseurs ou entrepreneurs sur la base de la nationalité. Il a été proposé d'ajouter, pour ce faire, les mots "qui n'est pas objectivement justifiable ou qui n'est pas requis par d'autres dispositions de la loi" après le mot "procédure". Il a été avancé que ce problème était peut-être déjà traité à l'article 8-1, qui permettait de limiter la participation à la procédure de passation d'un marché sur la base d'autres dispositons législatives. Il a toutefois été noté que les articles 6-5 et 8-1 n'étaient pas tout à fait axés sur la même question. L'article 6-5 ne traitait que de la détermination des qualifications par l'entité adjudicatrice, alors que l'article 8-1 traitait de la question plus large de la non-discrimination sur la base de la nationalité, sauf dans certaines circonstances spécifiées. Il a été déclaré que, même dans les cas où elle n'avait pas l'intention de limiter, sur la base de la nationalité, la participation à la procédure de passation d'un marché de services, l'entité adjudicatrice pourrait énoncer un critère de qualification de manière qu'il ait un effet discriminatoire pour les fournisseurs étrangers. L'entité adjudicatrice pourrait, par exemple, exiger des fournisseurs qu'ils soient titulaires d'une licence locale, même si cela n'était pas prévu par d'autres dispositions législatives. Il a été convenu que le paragraphe 5 devait être modifié, afin d'empêcher une telle éventualité. (Pour d'autres observations sur l'article 6, voir par. 84 à 89.)

Articles 7 et 8

30. Aucune observation n'a été faite à propos des articles 7 et 8 intitulés : Procédure de présélection; et Participation des fournisseurs ou entrepreneurs.

Article 9. Forme des communications

31. Le Groupe de travail a noté que toute modification de l'article 9-2 visant à ajouter les communications relatives aux marchés de services auxquels cette disposition serait applicable ne pourrait être effectuée qu'après que les autres modifications possibles à apporter à la Loi type auraient été examinées.

Article 10. Règles régissant les pièces fournies par les entrepreneurs ou fournisseurs

32. Aucune observation n'a été faite sur cet article.

Article 11. Procès-verbal de la procédure de passation du marché

33. Il a été noté que certaines des dispositions de l'article 11 étaient axées sur les marchés de biens ou de travaux et n'étaient pas adaptées aux marchés de services. Par exemple, au paragraphe 1 *d*, le prix de l'offre semblait se voir accorder une prééminence qu'il n'aurait peut-être pas nécessairement dans le cas d'un marché de services. Il a été convenu que le Groupe de travail ne pourrait prendre de décision quant aux modifications à apporter à l'article 11 qu'après avoir examiné le reste de la Loi type. (Pour d'autres observations sur l'article 11, voir également le paragraphe 92.)

Articles 12 et 13

34. Aucune observation n'a été faite sur les articles 12 et 13 intitulés : Publication de l'avis d'attribution du marché; et Incitations proposées par des fournisseurs ou entrepreneurs.

Article 14. Règles concernant la description des biens ou des travaux

35. Il a été noté que l'article 14 était rédigé de manière à tenir compte des caractéristiques matérielles du marché, ce qui ne serait en général pas approprié aux marchés de services. Il a donc été proposé d'inclure dans cet article un libellé mieux adapté aux marchés de services. L'article pourrait par exemple faire référence aux franchises ou à la nécessité d'établir des succursales. Cette proposition a été acceptée, mais il a été noté que la question de l'établissement de succursales devrait sans doute être traitée séparément, car elle faisait intervenir d'autres questions telles que l'accès au marché. (Pour d'autres observations sur l'article 14, voir également le paragraphe 93.)

Article 15. Langue à utiliser

36. Il a été noté qu'il faudrait indiquer dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type que, pour ce qui est de la détermination des marchés de faible valeur, un seuil différent pourrait être fixé pour les services d'une part et les biens ou travaux d'autre part.

Chapitre II. Méthodes de passation des marchés et conditions d'utilisation de ces méthodes

Article 16. Méthodes de passation des marchés

Paragraphe 1

37. Le Groupe de travail a étudié dans quelle mesure il serait souhaitable ou possible d'intégrer les marchés de services dans les dispositions actuelles relatives aux méthodes de passation des marchés. A cette fin, il était essentiel de déterminer s'il fallait également appliquer aux services la présomption énoncée au paragraphe 1 de l'article 16, selon laquelle l'appel d'offres était la méthode normale de passation des marchés, le choix de toute autre méthode devant être justifié. Selon un avis, les marchés de services devraient être intégrés à cette approche. A l'appui de cet avis, on a déclaré qu'il ne faudrait pas rendre inapplicable aux services la règle énoncée au paragraphe 1, car de nombreux services pouvaient être obtenus au moyen d'un appel d'offres.

38. Il a également été avancé que les dispositions actuelles de la Loi type pouvaient, pour l'essentiel, s'appliquer aux marchés de services dans les cas où l'appel d'offres n'était pas approprié. Il a été noté qu'une telle approche serait conforme à celle retenue dans la Directive applicable aux marchés de services adoptée par la Communauté européenne et dans la révision actuelle de l'Accord du GATT relatif aux marchés publics; en effet, ces deux instruments ne prévoyaient pas de mesures spéciales pour les services entrant dans leur champ d'application. Il a également été souligné que l'on ne saurait ajouter à la Loi type, qui mentionnait déjà sept méthodes de passation des marchés, des procédures différentes pour les services. Il a été affirmé qu'en rendant la Loi type encore plus complexe, on en réduirait la transparence et on la rendrait moins acceptable.

39. Selon un avis contraire qui a reçu un appui plus large, des ajustements substantiels devraient être apportés aux dispositions actuelles relatives aux méthodes de passation des marchés, afin de les adapter aux services. Selon cet avis, il ne serait pas approprié d'appliquer aux services la règle énoncée au paragraphe 1 de l'article 16; en effet, l'appel d'offres ne serait pas adapté à la majorité des marchés de services; cette méthode donnerait une importance excessive au prix dans le cas des services; et il faudrait donner davantage de latitude à l'entité adjudicatrice quant au choix de la méthode de passation des marchés appropriée.

40. Pour donner effet à l'avis qui a prévalu, on s'est demandé comment devrait être présentée la règle relative au choix des méthodes de passation des marchés dans le cas des services. Selon une proposition, il fallait adopter une approche à "deux pistes" en ajoutant un chapitre ("II *bis*") énonçant la règle qui régirait le choix des méthodes à utiliser pour les marchés de services; cette approche visait notamment à éviter toute modification des dispositions actuelles relative au choix des méthodes de passation des marchés de biens et de travaux. Selon une autre approche qui, à ce stade, semblait recevoir un appui un peu plus large, il fallait plutôt ajouter ces dispositions additionnelles à l'article 16, sous forme de clauses distinctes, de manière à ne pas rendre le texte trop complexe.

41. Alors que l'on examinait plus en détail l'avis qui a prévalu au sein du Groupe de travail, il a également été demandé dans quelle mesure l'entité adjudicatrice devrait être libre de choisir la méthode de passation des marchés appropriée. Le Groupe de travail a noté qu'il faudrait décider si, dans les cas où l'appel d'offres était possible, le choix de cette méthode devrait être impératif ou laissé à la discrétion de l'entité adjudicatrice. Si l'on retenait l'approche impérative, on pourrait adopter un libellé fondé sur le paragraphe 1 de l'article 17, par exemple : "à moins qu'il ne soit possible de formuler des spécifications détaillées, auquel cas une procédure d'appel d'offres sera engagée, l'entité adjudicatrice peut ...". A l'appui d'une approche plus discrétionnaire, qui semblait susciter davantage d'intérêt au sein du Groupe de travail, il a été déclaré que, dans certains cas où une procédure d'appel d'offres serait possible, cette méthode ne serait peut-être néanmoins pas la plus appropriée.

42. Le Groupe de travail a ensuite examiné la question des orientations ou instructions à donner à l'entité adjudicatrice pour le choix de la méthode de passation des marchés. Selon un avis largement partagé, l'appel d'offres restreint et la sollicitation d'une source unique devaient rester exceptionnels. Le Groupe de travail a noté que le recours à ces méthodes, de même qu'à la sollicitation de prix, dans le cas des services serait soumis pour l'essentiel aux restrictions déjà prévues dans la Loi type.

43. Comme lors du débat général mentionné ci-dessus au paragraphe 14, on s'est déclaré peu favorable à la mise en correspondance des diverses méthodes de passation des mar-

chés, d'une part, et d'une classification ou catégorisation des divers types de services, d'autre part. Il a toutefois été noté qu'il serait utile de donner dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type des exemples ou des conseils en la matière. Une proposition selon laquelle l'entité adjudicatrice choisirait la méthode de passation des marchés qui permettrait le plus probablement d'atteindre les objectifs fixés dans le Préambule a suscité davantage d'intérêt. Il a été avancé qu'une telle approche ferait l'objet d'une règle normative dans la Loi type, qui pourrait être expliquée et illustrée dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type. Toutefois, des doutes ont été émis quant à l'utilité et à l'efficacité d'une règle se contentant de faire référence au Préambule. Il a été avancé qu'il faudrait plutôt s'efforcer d'énoncer une règle plus spécifique, par exemple en invitant l'entité adjudicatrice à choisir la méthode de passation des marchés la plus concurrentielle compte tenu des circonstances. Une telle formulation ferait référence aux facteurs à prendre en compte par l'entité adjudicatrice lors du choix de la méthode (par exemple, l'importance des aptitudes intellectuelles ou des compétences du fournisseur de services pour l'exécution du marché en question).

44. Après un débat, le Groupe de travail a décidé que la règle énoncée au paragraphe 1 devrait être inversée dans le cas des services et que le choix de la méthode de passation des marchés devrait être laissé à la discrétion de l'entité adjudicatrice. Toutefois, l'entité adjudicatrice devrait exercer cette discrétion dans les limites de paramètres fondés sur les objectifs de la Loi type.

Paragraphe 2

45. Certains se sont prononcés pour l'imposition de la condition relative au procès-verbal énoncée au paragraphe 2, peut-être sous une forme modifiée, vu son importance notamment pour les organes de tutelle contrôlant les activités de l'entité adjudicatrice. (Pour d'autres observations sur l'article 16, voir également les paragraphes 94 à 99.)

Article 17. 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

46. Il a été noté que le Groupe de travail s'étant déclaré favorable, lors de l'examen de l'article 16, à une approche discrétionnaire pour ce qui est du choix de la méthode de passation des marchés de services, il ne serait peut-être pas nécessaire d'énoncer à l'article 17 des conditions particulières pour les services.

47. Il a été demandé s'il serait approprié ou nécessaire de traiter des contrats de recherche-développement dans le contexte des marchés de biens, comme c'était actuellement le cas en application de l'article 17-1 *b* et de l'article 20-1 *e*, si la Loi type était élargie aux services. (Pour d'autres observations sur l'article 17, voir également le paragraphe 100.)

Article 18. Conditions d'utilisation de l'appel d'offres restreint

48. Il a été convenu dans l'ensemble que, nonobstant l'approche discrétionnaire retenue pour ce qui est de l'application aux services des méthodes de passation des marchés, ainsi que des méthodes visées à l'article 17, il serait néanmoins souhaitable de conserver pour les services les restrictions énoncées quant à l'utilisation de l'appel d'offres restreint, de la sollicitation de prix et de la sollicitation d'une source unique.

49. Le Groupe de travail a noté que le libellé de l'article 18 devrait être modifié, afin de pouvoir être applicable aux services; il a en outre été indiqué que la condition d'utilisation de l'appel d'offres restreint énoncée à l'alinéa *a* risquait de susciter davantage d'abus dans le cas des services que dans celui des biens ou travaux.

Article 19. Conditions d'utilisation de la procédure de sollicitation de prix

50. Le Groupe de travail a convenu dans l'ensemble que cette méthode de passation des marchés devrait être utilisable pour les marchés de services. On a pris comme exemple la passation d'un marché de services de plomberie pour la réparation d'une installation donnée. Dans le même temps, le Groupe de travail a noté que le libellé de l'article 19 devrait être revu, afin qu'y soient apportés les ajustements nécessaires pour tenir compte des services. Il a également été avancé que le Guide pour l'incorporation de la Loi type devrait préciser que le seuil en dessous duquel il serait possible d'utiliser la méthode de sollicitation de prix pourrait être inférieur pour les services au seuil fixé pour les marchés de biens.

Article 20. Conditions d'utilisation de la procédure de sollicitation d'une source unique

51. Le Groupe de travail a convenu qu'en principe les dispositions de l'article 20 étaient applicables aux services, sous réserve toutefois de modifications de forme. A ce propos, on a notamment fait référence à l'alinéa *b* du paragraphe 1, qui autorise l'octroi d'un marché complémentaire au fournisseur ou entrepreneur initial dans des cas limités. On a noté que cette disposition pourrait susciter davantage d'abus dans le contexte des services que dans celui des biens ou travaux. On s'est également demandé si l'alinéa *d* ne devrait pas être limité aux biens et travaux, quoique l'on ait admis que des cas similaires pourraient se rencontrer dans le contexte des services. Il a été indiqué qu'afin d'éviter les abus que pouvait entraîner une telle procédure, la législation des marchés de certains États interdisait à un consultant de soumissionner pour un marché faisant suite aux activités préparatoires qu'il avait effectuées.

52. Le Groupe de travail a pris note d'un avis selon lequel la circonstance visée dans la procédure exceptionnelle prévue au paragraphe 2 risquait de susciter bien des abus. Il a toutefois été noté que les cas socio-économiques du type visé au paragraphe 2 seraient en général bien connus, ce qui réduirait ces risques. Il a également été noté que les garanties prévues actuellement au paragraphe 2 permettraient de limiter ces abus. Pour ce qui est de la forme, il a été noté que la référence à l'article 32-4 *c* iii renvoyait à un texte qui lui-même devrait être réexaminé afin d'englober les services. (Pour d'autres observations sur l'article 20, voir également les paragraphes 101 à 104.)

Chapitre III. Procédure d'appel d'offres

Article 21. Appel d'offres national

53. Il a été indiqué que le Guide devrait souligner que la valeur seuil, pour les marchés de biens et de travaux, pourrait être supérieure à la valeur seuil pour les marchés de services.

Article 22. Procédures de sollicitation des offres ou des demandes de présélection

54. On a fait observer qu'il pourrait être nécessaire d'apporter au texte un ajout qui correspondrait mieux à l'application de l'article à la passation de marchés de services, par exemple en indiquant au paragraphe 2 que l'invitation à soumettre une offre pourrait également être publiée dans une publication professionnelle appropriée.

Article 23. Teneur de l'invitation à soumettre une offre et de l'invitation à présenter une demande de présélection

55. On a indiqué qu'il serait peut-être nécessaire de modifier le paragraphe 1 *d* en fonction des amendements qui seraient apportés à l'article 6-1 *b*. (Pour d'autres observations sur l'article 23, voir également les paragraphes 105 à 109.)

Article 24. Communication du dossier de sollicitation

56. Aucune observation n'a été faite sur l'article 24.

Article 25. Teneur du dossier de sollicitation

57. Le Groupe de travail a convenu qu'il serait peut-être nécessaire de modifier le libellé des alinéas *d*, *g*, *i* par exemple, afin de prendre en compte les marchés de services. (Pour d'autres observations sur l'article 25, voir également les paragraphes 110 à 113.)

Articles 26 à 31

58. Aucune observation n'a été faite sur les articles 26 à 31 intitulés : Clarification et modification du dossier de sollicitation; Langue des offres; Soumission des offres; Période de validité des offres : modification et retrait des offres; Garanties de soumission; et Ouverture des offres.

Article 32. Examen, évaluation et comparaison des offres

59. Le Groupe de travail a convenu que, lorsqu'une approche claire aura été élaborée sur la façon dont la passation des marchés de services serait traitée dans la Loi type, il pourrait être nécessaire de réexaminer l'article 32 afin d'assurer sa conformité avec cette approche. (Pour d'autres observations sur l'article 32, voir également le paragraphe 17).

Article 33. Rejet de toutes les offres

60. Aucune observation n'a été faite sur l'article 33.

Article 34. Interdiction des négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs

61. Il a été proposé que les marchés de services soient exemptés de la règle énoncée à l'article 34 interdisant des négociations avec les fournisseurs et entrepreneurs. A l'appui de cette proposition, il a été déclaré que, si cette règle incorporait un principe important pour la passation de marchés de biens et de travaux, elle ne correspondait pas à une pratique courante dans le cas des marchés de services, en particulier de services professionnels, pour lesquels il y avait normalement des négociations avec les fournisseurs et les entrepreneurs. Selon une opinion contraire, toutefois, l'article 34 établissait un principe cardinal de la passation de marchés par la procédure d'appel d'offres et ne devrait donc pas être modifié. Il a été souligné que si une entité adjudicatrice décidait de passer un marché au moyen de la procédure d'appel d'offres, il faudrait faire en sorte qu'elle applique la discipline inhérente à cette méthode, et que, dans les cas où l'appel d'offres était inapproprié, elle pourrait recourir à l'une des autres méthodes prévues dans la Loi type. Après délibération, le Groupe de travail a décidé de conserver l'article 34 sans le modifier.

Article 35. Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché

62. Aucune observation n'a été faite sur l'article 35.

Chapitre IV. Passation de marchés par d'autres méthodes que la procédure d'appel d'offres

Article 36. Appel d'offres en deux étapes

63. Il a été indiqué que l'évaluation des offres, dans l'appel d'offres en deux étapes et dans l'appel d'offres en général, n'était peut-être pas appropriée, du fait de son caractère numérique, dans le cas des marchés des nombreux services pour lesquels les critères d'évaluation ne pouvaient être quantifiés sous une forme numérique ou arithmétique. Il a toutefois été convenu que cette question ne pourrait être étudiée plus avant que lorsque le Groupe de travail aurait examiné de façon plus approfondie l'adjonction éventuelle d'un article portant spécifiquement sur la passation de marchés de services.

Article 37. Appel d'offres restreint

64. Aucune observation n'a été faite sur l'article 35.

Article 38. Sollicitation de propositions

65. Le point de départ de la discussion du Groupe de travail a été une proposition visant à incorporer des dispositions supplémentaires spécialement adaptées à la passation de marchés de services (A/CN.9/WG.V/WP.38, par. 9 à 11). On a de nouveau fait valoir qu'une telle approche compliquerait inutilement la Loi type, car la gamme des méthodes de passation de marchés existant actuellement dans le cadre de cette Loi était suffisamment étendue pour prendre en compte la passation de marchés de services. L'avis qui a continué de prévaloir a toutefois été que des considérations spéciales relatives à la passation des marchés de services nécessitaient l'élaboration de certaines procédures spéciales.

66. En même temps, le Groupe de travail a été d'avis qu'il serait préférable d'établir un article distinct indépendant, exposant les types de procédures proposées, au lieu d'essayer

de les interpoler dans les procédures existantes de sollicitation de propositions. On a estimé qu'une telle approche, tout en empruntant des éléments substantiels à la formule de la sollicitation de propositions, serait plus claire et moins susceptible d'encombrer les procédures existantes prévues par la Loi type. On a fait valoir en sa faveur que les procédures existantes de sollicitation de propositions étaient fondées, dans une large mesure, sur un scénario de passation de marchés de biens ou de travaux, dans lequel l'entité adjudicatrice, incertaine quant à la forme ultime des biens ou des travaux, solliciterait diverses propositions pour des types possibles de solutions. On a fait valoir qu'un tel scénario était pas habituel dans la passation de marchés de services. On a aussi demandé, dans le même ordre d'idées, si après avoir décidé d'établir une procédure indépendante, il demeurerait souhaitable d'appliquer également à la passation des marchés de services les méthodes de passation de marchés prévues à l'article 17 qui avaient pu être incluses par l'État appliquant les dispositions législatives (appel d'offres en deux étapes, sollicitation de propositions ou négociations avec l'appel à la concurrence). Le Groupe de travail a estimé qu'il fallait prévoir également ces autres méthodes.

67. Selon une observation de caractère général on pourrait faire appliquer certaines des procédures spéciales envisagées dans d'autres méthodes de passation de marchés déjà prévues au titre de la Loi type; il a été proposé par exemple d'envisager de permettre des négociations dans la procédure d'appel d'offres lorsque le marché portait sur ces services.

68. Le Groupe de travail a ensuite abordé certains aspects des procédures proposées et examiné de manière générale dans quelle mesure il serait possible d'incorporer les procédures de sollicitation de propositions prévues à l'article 38 dans la procédure séparée devant être ajoutée pour les services. Il a tout d'abord été demandé si les procédures de sollicitation décrites aux paragraphes 1 et 2 de l'article 38 étaient suffisantes ou s'il fallait prévoir une procédure plus large. En faveur de l'utilisation du même type de procédure on a fait valoir notamment que l'approche adoptée aux paragraphes 1 et 2 de l'article 38 était équilibrée et permettait de faire jouer pleinement la concurrence sans être trop contraignante pour l'entité adjudicatrice et qu'une approche plus large pour les marchés de services pourrait jeter le doute sur le niveau de concurrence requis au titre de l'article 38 pour les procédures de sollicitation de propositions. Un plus grand nombre de Membres cependant ont penché pour le recours, dans le cas des marchés de services, à une procédure de sollicitation plus large que celle prévue aux paragraphes 1 et 2 de l'article 38. Cette préférence était motivée, en particulier, par le fait que la méthode spéciale envisagée pour les marchés de services serait probablement, malgré l'existence d'autres méthodes, celle qui serait principalement utilisée pour ces marchés dans le cadre de la Loi type. On a donc jugé important de prévoir des procédures de sollicitation suffisamment larges de façon à promouvoir la transparence et la concurrence. On a proposé, à cet effet, d'utiliser comme modèle les procédures de sollicitation applicables dans le cas des appels d'offres. Selon une autre proposition, moins ambitieuse, il faudrait rendre impérative une procédure de sollicitation du type de celle qui était décrite au paragraphe 2 de l'article 38 (large diffusion d'avis à l'intention des personnes qui s'intéressent à soumettre une proposition) plutôt que de prévoir une exception pour des raisons d'économie et d'efficacité et préciser dans la Loi type où publier les avis à l'intention des personnes intéressées.

69. Le Groupe de travail est convenu qu'il faudrait revoir les critères d'évaluation figurant au paragraphe 3 de l'article 38 afin de déterminer si l'on pouvait les reprendre dans le nouvel article ou s'il pourrait être nécessaire de les modifier afin de bien cerner les éléments qui prédominaient souvent dans l'évaluation des propositions de services, en particulier l'importance de l'expérience, des ressources intellectuelles, des aptitudes et des compétences du fournisseur de services.

70. Le Groupe de travail a ensuite examiné la disposition du paragraphe 2 *a* de la proposition figurant dans le document A/CN.9/WG.V./WP.38 (par. 10) où il était demandé que, lors de l'évaluation des propositions, l'entité adjudicatrice fixe, en ce qui concerne la qualité et les aspects techniques, un seuil que les propositions devraient atteindre pour pouvoir être examinées. On a demandé pourquoi une telle procédure serait appliquée aux services et non aux biens et travaux et pourquoi la question ne pouvait être traitée simplement par une procédure de présélection, mais dans son ensemble le Groupe de travail s'est déclaré favorable à la proposition. Il a cependant préféré que le seuil prévu soit discrétionnaire afin de ne pas trop lier les mains de l'entité adjudicatrice pour des marchés exigeant en général une plus grande souplesse.

71. Des vues divergentes ont été exprimées quant à l'opportunité de prévoir, dans la procédure spéciale pour les services, l'application d'une marge de préférence en faveur des fournisseurs et des entrepreneurs locaux. Selon un avis, une telle marge n'était pas nécessaire dans la mesure où le type de procédures d'évaluation envisagées offrait déjà une souplesse suffisante. On a en outre fait valoir que, si la marge de préférence se justifiait dans la procédure d'évaluation plus "automatique" ou "arithmétique" des propositions présentées dans le cadre d'appels d'offres, elle serait moins bien adaptée aux méthodes plus souples d'évaluation des procédures envisagées. Selon l'opinion qui a prévalu, cependant, il faudrait prévoir l'application d'une marge de préférence, car cela permettrait de reconnaître les besoins pratiques des États appliquant la Loi type, en particulier de ceux qui cherchaient à favoriser l'essor d'un secteur des services encore balbutiant. On a également fait observer que la méthode consistant à favoriser les fournisseurs et les entrepreneurs locaux serait en général plus transparente que d'autres méthodes auxquelles il pourrait être autrement fait recours. Le Groupe de travail a par ailleurs noté la possibilité d'inclure dans la nouvelle disposition, non seulement les critères d'évaluation figurant au paragraphe 3 de l'article 38, mais aussi d'autres facteurs d'évaluation tels que ceux qui étaient mentionnés au paragraphe 4 *c* iii de l'article 32.

72. Le Groupe de travail a ensuite examiné le paragraphe 3 de l'article portant sur les procédures spéciales d'évaluation proposées, qui prévoit que la proposition à retenir est celle qui offre soit le prix le plus bas, soit celle dont l'évaluation combinée est la meilleure sur la base du prix et des capacités techniques, soit celle qui est choisie après des négociations. Il a été convenu que, quels que soient la méthode ou le critère de sélection retenus, il faudrait en tout état de cause en informer les fournisseurs et les entrepreneurs. Le

Groupe de travail a approuvé l'idée de sélectionner une proposition en se basant sur le prix le plus bas ainsi que sur une combinaison du prix et des capacités techniques affectés d'une note, les deux critères pouvant être associés à une procédure de fixation d'un seuil (voir par. 6). Le Groupe de travail a noté que le Guide pourrait utilement expliciter les considérations théoriques et pratiques sur lesquelles pourrait s'appuyer le choix de telle ou telle méthode de sélection, y compris l'utilisation d'une technique de seuil. De l'avis général cependant, il ne serait pas approprié de présenter la négociation comme un troisième critère de sélection (comme cela est le cas au paragraphe 3 *b* iii du nouvel article proposé au paragraphe 10 du document A/CN.9/WG.V/WP.38) puisque, à proprement parler, elle n'en était pas un. Il faudrait plutôt, a-t-on proposé, prévoir une disposition séparée pour la négociation.

73. S'agissant du libellé du critère associant le prix et les capacités techniques dans les procédures spéciales, on a demandé s'il était opportun de parler de "meilleure" évaluation combinée étant donné l'ambiguïté qui pourrait résulter d'une juxtaposition de ce terme avec l'expression "prix le plus bas". On a en outre fait observer qu'il pourrait être souhaitable, en formulant la disposition, de tenir compte du fait que dans les marchés de services de tels facteurs techniques ne seraient probablement pas, contrairement à ce qui est le cas dans les marchés de biens et de travaux, exprimés ou quantifiés en termes monétaires. On a proposé à cet égard d'expliquer dans le Guide 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.

74. Le Groupe de travail a ensuite examiné la façon dont une procédure de négociation devrait être incorporée à la procédure spéciale en cours d'élaboration. Il a noté que la proposition dont il était saisi faisait de la négociation une méthode optionnelle de sélection, mais seulement dans l'optique d'une approche traditionnelle des négociations dans le cadre des marchés de services. Selon cette approche, les négociations sur le prix se déroulaient avec un seul fournisseur ou entrepreneur à la fois dans l'ordre résultant de la notation comparative des capacités techniques et des qualifications des soumettants. Cette méthode a été critiquée, en raison de l'absence de concurrence au niveau des prix. Selon un avis, une telle approche traditionnelle pourrait dans de nombreux cas aller à l'encontre des objectifs de la Loi type, notamment de la transparence et de la concurrence, et ne devrait donc pas être retenue. Toutefois, selon l'opinion qui a prévalu, le recours à une telle méthode était probablement inévitable mais devrait être optionnel et il faudrait en outre prévoir la possibilité de négociations avec plus d'un fournisseur ou d'un entrepreneur à la fois, afin de permettre à l'entité adjudicatrice de tirer parti de la concurrence. En outre, de l'avis général, il faudrait dans une telle procédure de négociation plus large prévoir, au dernier stade, la présentation par les fournisseurs et les entrepreneurs de meilleures offres définitives. Cependant, on n'a pas déterminé à ce stade des délibérations quelle serait la relation entre une telle procédure de négociation et les procédures de sélection fondées sur le prix le plus bas ou une évaluation combinée du prix et des capacités techniques. (Pour d'autres observations sur l'article 39 *bis*, Sollicitation de propositions relatives à des services, voir également les paragraphes 121 à 143.)

Article 39. Négociation avec appel à la concurrence

75. Aucune observation n'a été faite sur l'article 39.

Article 40. Sollicitation de prix

76. Il a été proposé de modifier quelque peu le libellé de l'article 40 afin de mieux exprimer son applicabilité aux marchés de services. (Pour d'autres observations sur l'article 40, voir également le paragraphe 118.)

Article 41. Sollicitation d'une source unique

77. Il a été noté qu'il faudrait peut-être modifier quelque peu le libellé de l'article 41, afin qu'il soit mieux adapté aux marchés de services, et notamment les alinéas *a* et *b* du paragraphe 1.

Chapitre V. Recours

78. Les articles 42 à 47 ont été jugés dans l'ensemble acceptables et applicables aux marchés de services. (Pour d'autres observations sur les articles 42 et 46, voir également les paragraphes 119 et 120.)

III. NOUVEL EXAMEN DES DISPOSITIONS DE LA LOI TYPE

Préambule

79. Lors d'une nouvelle lecture du Préambule, il a été avancé qu'il faudrait modifier le ton de certaines parties du Préambule, afin de tenir compte des marchés de services. Par exemple, il a été suggéré, afin d'englober les services professionnels, de mentionner au paragraphe *b* la promotion de l'échange de compétences. S'il a été convenu que certaines parties du Préambule, notamment la référence aux biens et travaux seulement, devraient être réexaminées, il a été noté que la modification proposée au paragraphe *b* risquait de soulever des questions qui n'entraient pas dans le cadre de la Loi type, par exemple le transfert de technologie.

Article premier

80. Le Groupe de travail a convenu qu'afin de réduire au minimum les ajouts à faire dans la Loi type, il suffirait de mentionner dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type que, en vertu de l'alinéa 2 *b*, les États avaient la possibilité d'exclure certains types de services, ainsi que d'autres types de marchés du champ d'application de la Loi type; ainsi, il ne serait pas nécessaire d'ajouter un alinéa 2 *b* visant expressément l'exclusion de certains services.

Article 2

81. A la suite d'un nouvel examen, le Groupe de travail a convenu que la possibilité qu'auraient les États adoptant la Loi type d'inclure d'autres catégories de services devrait être énoncée non seulement dans la définition des "biens", mais également dans la définition des services. Ainsi, les États pourraient établir une différenciation plus claire entre ce qui serait considéré comme des marchandises et ce qui serait considéré comme des services dans leur juridiction.

Une proposition selon laquelle il faudrait prévoir expressément l'exclusion de certains types de services n'a pas reçu d'appui. Il a été convenu, dans un souci de transparence, que les exclusions ne devraient être possibles qu'en vertu de l'article premier. Il a également été noté que la décision prise par le Groupe de travail de définir les services comme n'étant ni des biens ni des travaux risquait d'avoir pour conséquence fâcheuse d'inclure l'immobilier dans la définition des services. Il a toutefois été avancé qu'il ne serait pas approprié d'exclure tout simplement l'immobilier du champ d'application de la Loi type, car, dans certains États, les entités adjudicatrices recouraient à des méthodes traditionnelles de passation des marchés (mais pas nécessairement l'appel d'offres), du moins pour obtenir un droit d'occupation de bâtiments. Il a également été noté que certains systèmes juridiques classaient certains droits immobiliers parmi les droits personnels, alors que d'autres systèmes juridiques les classaient parmi les droits de propriété, ce qui risquerait de compliquer l'adoption de dispositions réglementaires types. Il a été convenu que le Guide pour l'incorporation de la Loi type pourrait préciser que les États voudraient peut-être envisager d'exclure l'acquisition de biens immobiliers du champ d'application de la Loi type, du fait de leurs caractéristiques particulières, mais que la Loi type n'énoncerait aucune exclusion spécifique.

82. Il a été noté que, puisque la définition des biens à l'alinéa 2 *c* ne donnait que des exemples de ce qui pouvait être considéré comme des biens et n'énonçait pas une liste exhaustive, on risquerait, en donnant la possibilité d'inclure des catégories supplémentaires dans cette liste, de laisser entendre que cette liste était exhaustive. Une suggestion tendant à remplacer dans la version anglaise le mot "*includes*" par le mot "*means*" afin de rendre la liste exhaustive, a été jugée inacceptable, car une telle définition exhaustive imposerait une lourde charge à l'État adoptant la Loi type; en effet, il devrait énumérer tout ce qui serait considéré comme des biens dans sa juridiction. Il a été convenu que cette question serait examinée lors de la rédaction définitive de la Loi type.

83. Le Groupe de travail a convenu qu'ayant inclus la référence aux services connexes dans la définition des biens, il lui faudrait aussi inclure une telle référence dans la définition des travaux.

Article 6

84. Il a été proposé de modifier comme suit l'article 6-1 *b* i :

"i) qu'ils possèdent les *qualifications requises, les compétences professionnelles* et techniques, les ressources financières, l'équipement ..."

85. Cette proposition a été jugée dans l'ensemble acceptable. Il a toutefois été noté que, puisque le titre de l'article 6 faisait référence aux "qualifications", une nouvelle référence à ces qualifications au paragraphe 1 *b* i pourrait être source d'ambiguïté. Le Groupe de travail a convenu que serait examinée, lors de la rédaction définitive de la Loi type, une proposition selon laquelle le problème pourrait être résolu par l'emploi du libellé suivant : "les qualifications professionnelles nécessaires, les compétences professionnelles et techniques ...".

86. Le Groupe de travail a ensuite examiné une proposition tendant à modifier comme suit le paragraphe 5 :

"Sous réserve des dispositions des articles 8-1, 32-4 et *39 bis-4*, l'entité adjudicatrice n'impose aucun critère, condition ou procédure en ce qui concerne les *conditions à remplir par les* fournisseurs ou entrepreneurs, qui entraîne une discrimination à l'encontre des 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*;"

87. Il a été proposé de remplacer, après le mot "nationalité", le mot "ou" par le mot "et", afin d'exclure toute discrimination indirecte qui ne serait pas objectivement justifiable. Cette modification a toutefois été rejetée car il a été considéré que le libellé proposé était nécessaire compte tenu du sens que l'on voulait donner à cette disposition.

88. Selon un avis, le paragraphe 5 ne précisait pas si une discrimination fondée sur les dispositions législatives d'un autre État étaient exclues. Il a toutefois été noté qu'il s'agissait là d'une question qu'il vaudrait mieux traiter à l'article 8.

89. Après un débat, le Groupe de travail a accepté la modification proposée du paragraphe 5, sous réserve d'éventuelles modifications de forme.

Article 7

90. Selon un avis, il faudrait réexaminer la formulation du chapeau du paragraphe 3, qui indiquait la teneur requise de la documentation de présélection en faisant notamment référence aux conditions relatives à l'invitation à soumettre une offre, car les dispositions sur la procédure de présélection étaient supposées être d'application générale.

Article 8

91. Il a été proposé d'ajouter au paragraphe 1 que les restrictions à la participation sur la base de la nationalité devaient être "objectivement justifiables", de manière à aligner ce texte sur la décision prise par le Groupe de travail à propos de l'article 6-5. Cette proposition a suscité un certain intérêt, car elle pourrait être considérée comme la conséquence de la décision prise d'établir un texte global régissant les biens, les travaux et les services. Toutefois, de nombreux participants ont douté qu'il soit nécessaire ou approprié d'adopter une telle modification. En effet, on craignait que l'ajout de ce libellé ne soit contraire à l'objectif de transparence et n'incite à restreindre encore plus la participation. Il a également été jugé qu'un tel libellé était sans doute inutile, parce que les articles 6-5 et 8-1 n'avaient pas la même fonction; cette différence pourrait d'ailleurs être précisée dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type. Pour des raisons similaires, le Groupe de travail s'est prononcé contre le remplacement des mots "d'autres dispositions législatives" par les mots "d'autres dispositions législatives du présent État ou d'un autre État".

Article 11

92. Il a été rappelé que le Groupe de travail avait noté, lors de sa première lecture de l'article 11, qu'à la suite de l'exa-

men des articles et propositions restants en vue de l'inclusion des services, il pourrait se révéler nécessaire de modifier l'article 11. Ayant achevé sa première lecture de la Loi type, le Groupe de travail a jugé qu'aucune modification de fond n'était nécessaire à l'article 11. Il a toutefois été noté qu'il faudrait peut-être procéder à des modifications de forme. Par exemple, le libellé du paragraphe *d* (faisant référence au prix) pourrait être légèrement modifié, afin de tenir compte du fait que le prix ne serait peut-être pas déterminable, dans le contexte de certains marchés de services, au moment où le procès-verbal serait établi. En ce qui concerne l'alinéa i du paragraphe 1, il a été demandé s'il serait nécessaire de justifier dans le procès-verbal le choix d'une méthode autre que l'appel d'offres dans le cas d'un marché de services, car l'appel d'offres ne serait pas dans ce cas la méthode normale en vertu de la Loi type. Enfin, il a été noté que l'utilisation d'une marge de préférence conformément aux procédures spéciales relatives aux services devrait être mentionnée à l'alinéa *e* du paragraphe 1.

Article 14

93. Le Groupe de travail a accepté une série de propositions de modifications de forme relatives à l'article 14, en vue d'englober les services. Ces modifications seraient les suivantes : remplacer aux paragraphes 1, 2 et 3 *a* les mots "caractéristiques techniques et normes de qualité des biens ou des travaux requis" par les mots "caractéristiques techniques et normes de qualité des *biens, des travaux ou des services* requis"; remplacer au paragraphe 1 les mots "ou des termes qui créent" par les mots "ou des termes *ou une description des services qui créent*"; remplacer au paragraphe 2 les mots "modèles et conditions sont fondés" par les mots "modèles et conditions *ou descriptions des services* sont fondés".

Article 16

94. Le Groupe de travail a ensuite examiné la proposition suivante de modification du texte de l'article 16 :

1. Sauf disposition contraire du présent chapitre, l'entité adjudicatrice désireuse de passer un marché *de biens ou de travaux* recourt à la procédure de l'appel d'offres.

2. *Lors de la passation d'un marché de biens ou de travaux*, l'entité adjudicatrice ne peut utiliser une méthode de passation des marchés autre que l'appel d'offres qu'en application des articles 17, 18, 19 ou 20; si elle le fait, elle inclut dans le procès-verbal prévu à l'article 11 un exposé des motifs et circonstances sur lesquels elle s'est fondée pour justifier le recours à cette méthode particulière de passation des marchés.

3. Dans le cas de la passation d'un marché de services, l'entité adjudicatrice recourt aux procédures énoncées à l'article 39 *bis*, sauf si elle considère que :

a) Il est possible de formuler des spécifications détaillées et une procédure d'appel d'offres serait plus appropriée compte tenu de la nature des services à fournir; ou

b) Il serait plus approprié d'utiliser une des méthodes de passation des marchés mentionnées à l'article 17 ou, parmi des méthodes mentionnées aux articles 18 à 20, celle dont les conditions d'utilisation sont remplies.

4. L'entité adjudicatrice inclut dans le procès-verbal prévu à l'article 11 un exposé sur des motifs et circonstances sur lesquels elle s'est fondée pour justifier le recours à une méthode de passation des marchés en application du paragraphe 3 *b*.

95. Le Groupe de travail a accepté les amendements proposés aux paragraphes 1 et 2, qui visaient à limiter ces dispositions à la passation des marchés de biens et de travaux, le choix des méthodes de passation de marchés pour les services faisant l'objet du paragraphe 3.

96. Le Groupe de travail a noté que selon l'approche adoptée au paragraphe 3, la nouvelle procédure spéciale pour les services (voir par. 121 ci-après) représenterait la méthode privilégiée de passation de marchés de services. En application des alinéas *a* et *b* d'autres méthodes pourraient aussi être utilisées. Au titre de l'alinéa *a*, une procédure d'appel d'offres serait autorisée à condition que des spécifications détaillées puissent être formulées et que l'appel d'offres soit considéré comme la méthode de passation des marchés la plus appropriée. En vertu de l'alinéa *b*, il était possible de recourir à l'une quelconque des méthodes énoncées à l'article 17 incorporées dans sa législation par l'État appliquant la Loi type si l'entité adjudicatrice considérait que l'une de ces méthodes était plus appropriée ou à l'une des méthodes prévues aux articles 18 à 20, si les conditions d'utilisation de cette méthode étaient remplies.

97. Selon un avis, l'approche adoptée au paragraphe 3 était inappropriée car elle permettait à l'entité adjudicatrice d'opter pour une des méthodes prévues à l'article 17 sans avoir à remplir aucune des conditions d'utilisation, le seul critère étant que l'utilisation d'une autre méthode était appropriée. La procédure spéciale envisagée pour les services (voir par. 121 ci-après) devrait être l'unique méthode utilisée pour les marchés portant sur des "services professionnels", c'est-à-dire ceux dont l'objectif principal était d'obtenir l'avis et l'appréciation personnels du fournisseur de services. Le recours aux méthodes prévues à l'article 17 ne serait autorisé que conformément aux conditions d'utilisation de ces méthodes et uniquement pour les marchés portant essentiellement sur l'autre grande catégorie de services, à savoir les services d'exécution."

98. L'opinion qui a prévalu a toutefois été que l'approche proposée devrait être retenue. On a généralement estimé qu'il n'était pas approprié de limiter l'application de la nouvelle méthode spéciale à la catégorie des services professionnels. On a fait observer que cela soulèverait des difficultés, en particulier dans les États adoptant la Loi type qui avaient une expérience antérieure limitée du type de procédure relativement compliquée envisagée pour les services, et que les États ne devraient pas être obligés d'imposer une telle procédure dans tous les cas. On a généralement estimé aussi qu'il serait inutile et probablement impossible d'essayer, dans la Loi type, de classer les services en diverses catégories. On s'est opposé à l'idée d'utiliser une méthode unique en faisant valoir qu'une telle approche ne fonctionnerait pas dans la pratique, par exemple elle ne permettrait pas de recourir dans les cas d'urgence à la procédure de sollicitation d'une source unique. Toutefois, le Groupe a estimé que, pour limiter le pouvoir discrétionnaire de l'entité adjudicatrice, le recours à une des méthodes prévues à l'article 17 devrait être soumis à approbation. Des modifications rédactionnelles ont été proposées pour le paragraphe 3, à

savoir la suppression des mots "le cas de" dans le chapeau du paragraphe et le remplacement des mots "services à fournir à l'alinéa *a*" par les mots "services devant faire l'objet d'une passation de marchés".

99. Le Groupe de travail a approuvé l'obligation d'inscription au procès-verbal dont il est question au paragraphe 4 et a décidé qu'il faudrait l'étendre au choix de l'appel d'offres au titre de l'alinéa *a*. Il a été reconnu que le caractère concurrentiel de l'appel d'offres était un argument que l'on pouvait invoquer pour exclure l'obligation d'inscription au procès-verbal de la passation de marchés de services. Il a toutefois été souligné qu'une telle obligation aiderait les organes de tutelle à détecter les cas de recours inapproprié à l'appel d'offres par des entités adjudicatrices cherchant à éviter la procédure spéciale mieux adaptée mais peut-être plus compliquée.

Article 17

100. Il a été proposé, étant donné les différentes méthodes de passation de marchés prévues à l'article 17, de remplacer, au paragraphe 1 *a* i, le mot "propositions" par les mots "propositions ou offres". Pour ce qui est de la possibilité d'appliquer aux services la formulation employée pour les conditions d'utilisation, il a été proposé d'ajouter au paragraphe 1 *a* ii une phrase concernant les services, telle que : "en raison de la nature des services, il est souhaitable de négocier" avec les fournisseurs et entrepreneurs.

Article 20

101. Pour ce qui est de l'applicabilité aux services des conditions d'utilisation de la procédure de sollicitation d'une source unique énoncée au paragraphe 1 de l'article 20, le Groupe de travail est convenu que ce qu'il fallait indiquer clairement à l'alinéa *a*, de même qu'à l'alinéa *d*, était le caractère unique ou spécial que devait présenter un service afin d'entrer dans le champ de ces dispositions. Cet aspect a retenu l'attention car on s'est inquiété de ce que les cas évoqués aux alinéas *a* et *d* étaient probablement plus susceptibles de donner lieu à des abus dans le contexte de la passation de marchés de services que dans le contexte des marchés de biens ou de travaux. Il a été noté que l'on envisageait de faire porter la Loi type sur une large gamme de services et que la sollicitation d'une source unique ne devrait être utilisée que dans des cas exceptionnels, par exemple l'octroi, nécessaire, d'un contrat de suivi au concepteur d'un logiciel sur mesure, ou l'achat d'une œuvre d'art particulière pour un musée national.

102. De l'avis général, tous les achats d'œuvres d'art ne devraient pas automatiquement faire l'objet d'une procédure de sollicitation d'une source unique, car il y aurait des cas dans lesquels un concours de projets ou un autre concours artistique serait indiqué (par exemple l'acquisition d'œuvres d'art pour des bâtiments publics). On a fait valoir à cet égard que l'État adoptant la Loi type pourrait envisager d'exclure de celle-ci certaines catégories de services artistiques. Le Groupe de travail est néanmoins convenu que, si l'on pouvait faire référence à une telle possibilité dans le Guide, il ne faudrait pas prévoir d'exclusion des services artistiques dans la Loi type, afin de ne pas mettre indûment l'accent sur l'exclusion au détriment de la concurrence. Il a été suggéré que l'on envisage d'aborder dans les procédures spéciales relatives aux services le recours à des jurys dans les concours de projets.

103. Le Groupe de travail a noté qu'il serait nécessaire de revoir le libellé de l'alinéa *b* pour tenir compte du fait que, pour les services, l'appel d'offres ne serait pas la méthode type de passation des marchés.

104. On a fait valoir que, s'il était nécessaire de modifier la formulation du paragraphe 2 pour qu'il englobe les services, il ne faudrait pas que cela ait pour effet de rendre moins strict ce qui était conçu comme une procédure tout à fait exceptionnelle.

Article 23

105. Le Groupe de travail a examiné une proposition tendant à ajouter à l'alinéa 1 *b* les mots "ou la nature et le lieu de livraison des services", ce qui l'a conduit à examiner dans quelle mesure la notion de "lieu de livraison" était applicable aux services. On a notamment craint qu'un tel libellé, si on l'appliquait aux services, n'entraîne pour le fournisseur de services l'obligation de disposer d'un bureau sur le territoire de l'entité adjudicatrice lorsqu'une telle condition ne serait pas objectivement justifiable, ce qui nuirait à la concurrence. Il a été convenu que le risque d'une mauvaise utilisation de la notion de "lieu de livraison" en tant que critère d'évaluation devrait être traité dans la Loi type, bien que l'on se soit demandé si cette question ne pourrait pas plutôt être traitée à l'article 6-5.

106. Dans le même temps, on a noté qu'il y aurait normalement un "lieu de livraison" des services qui devrait être indiqué au fournisseur ou entrepreneur, mais que l'importance de ce lieu de livraison varierait sans doute selon les cas. Par exemple, dans le cas d'un contrat de consultant qui ne prévoyait que la soumission d'un rapport, le lieu de livraison désignerait sans doute simplement l'adresse à laquelle le rapport devait être envoyé. Ce lieu pouvait également être pertinent dans d'autres cas, par exemple pour la détermination de la loi applicable au marché. Afin de tenir compte de ces considérations, il a notamment été proposé d'ajouter les mots "si cela est pertinent" ou "si cela est approprié" avant les mots "le lieu de livraison des services". On s'est demandé si de telles expressions suffiraient, car elles étaient peut-être trop souples et car, comme il avait été noté ci-dessus, le lieu de livraison serait en général pertinent dans une mesure plus ou moins grande.

107. Il a en outre été noté qu'il faudrait peut-être établir une distinction entre le lieu de livraison et le lieu d'exécution. Dans l'exemple mentionné ci-dessus, l'endroit où le service était exécuté, c'est-à-dire où le rapport était écrit, importait sans doute peu. Par contre, dans certains marchés de services, le lieu d'exécution pouvait être important (par exemple, pour un contrat de restauration). Il a été avancé que les types de services qui pourraient faire l'objet d'une procédure d'appel d'offres seraient sans doute ceux pour lesquels le lieu d'exécution serait important. Il a été proposé d'ajouter les libellés suivants, en vue de tenir compte de la notion de lieu d'exécution : "lieu de mise au point ou de livraison des services"; ou "lieu d'exécution ou de livraison, s'il est approprié compte tenu de la nature des services".

108. Pour ce qui est de l'alinéa 1 *c*, le Groupe de travail a noté que les notions de date de fourniture et de date d'achèvement pourraient être importantes dans le contexte des services. Il a notamment été proposé, pour tenir compte de ces deux notions, d'utiliser un libellé tel que "conditions relatives au calendrier d'exécution".

109. Après un débat, le Groupe de travail a prié le Secrétariat de réviser l'article 23 compte tenu des observations et des propositions faites. Il a également noté que des questions avaient été soulevées, qu'il pourrait être utile de mentionner dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type.

Article 25

110. Il a été proposé de modifier comme suit l'article 25 *d* :

> La nature, ainsi que les caractéristiques techniques et la qualité requises, conformément à l'article 14, des biens, des travaux *ou des services* requis, notamment les spécifications techniques, plans, dessins et modèles, selon le cas; la quantité de biens requis; l'emplacement où doivent *être exécutés les travaux ou les services*; et le délai souhaité ou requis pour la fourniture des biens ou l'exécution des travaux *ou des services*.

111. Il a été noté que, dans la proposition, la référence aux services accessoires avait été supprimée. Le Groupe de travail a toutefois convenu de conserver cette référence également à l'alinéa *d*, puisqu'il l'avait conservée dans la définition des biens. A ceci près, la proposition a été jugée dans l'ensemble acceptable.

112. Le Groupe de travail a également examiné une proposition tendant à ajouter à la fin du paragraphe *i* une phrase qui serait libellée comme suit : "Cette disposition s'applique aux services par analogie". Bien que le Groupe de travail ait accepté cette proposition quant au fond, il n'a pas jugé approprié d'utiliser une expression telle que "par analogie". Il a été convenu qu'il s'agissait d'appliquer aux services, le cas échéant, les exemples donnés au paragraphe *i* et qu'il serait peut-être mieux d'ajouter le mot "applicables" à la fin du paragraphe.

113. Selon un avis, puisqu'il était difficile d'envisager des variantes dans le cas des marchés de services, le paragraphe *g* ne devrait s'appliquer qu'aux marchés de biens et de travaux. Il a toutefois été jugé dans l'ensemble que des variantes étaient possibles même pour les services dans le cas d'appels d'offres et qu'il ne faudrait donc pas exclure cette possibilité de la Loi type.

Article 28

114. Il a été proposé d'ajouter la phrase suivante à la fin de l'alinéa 5 *b* :

> Cette autre forme peut également être utilisée afin d'assurer un degré suffisant de confidentialité dans le cas de services donnés tels que, par exemple, l'urbanisme, l'architecture et le génie civil ou le traitement des données.

115. Il a été expliqué que cette proposition avait pour objet d'assurer une confidentialité suffisante dans les cas où une partie de l'offre serait soumise sous la forme d'un modèle, comme cela serait normalement le cas dans les exemples donnés. En effet, dans la plupart de ces cas, l'offre aurait un élément artistique et le choix de l'offre à retenir serait effectué par un jury. Le Groupe de travail a toutefois convenu que, bien que la confidentialité des modèles puisse effectivement poser un problème, il ne serait pas approprié de modifier l'alinéa 5 *b*, qui était axé sur la question de la soumission des offres par échange de données informatisées (EDI) et au moyen de technologies similaires. Il a été avancé que la question de la confidentialité devrait plutôt être traitée à l'article 32-8 relatif à la non divulgation d'informations concernant les offres.

Article 31

116. Il a été avancé que les offres portant sur des services comporteraient, dans la plupart des cas, des informations autres que le prix de l'offre et que l'article 31-2, qui disposait que tous les fournisseurs et entrepreneurs devaient être autorisés à assister à l'ouverture des offres, compromettrait le caractère confidentiel de ces informations. Le Groupe de travail a toutefois estimé que l'article 31 énonçait une règle importante aux fins de la transparence de la procédure d'appel d'offres et qu'il ne faudrait donc pas le modifier. En outre, il a été noté que, conformément au paragraphe 3, seuls l'adresse de chaque fournisseur ou entrepreneur et le prix soumissionné seraient annoncés aux présents.

Article 32

117. Il a été estimé que les facteurs autres que les prix mentionnés au sous-alinéa ii de l'article 32-4 *c* ne s'appliqueraient pas en général à la passation de marchés de services. Selon une suggestion, un moyen de résoudre ce problème était de faire une nette distinction, dans ce sous-alinéa, entre les facteurs qui seraient applicables uniquement aux biens et aux travaux et ceux qui seraient applicables également aux services. Une autre suggestion a été d'apporter un ajout au texte pour indiquer clairement que l'on entendait appliquer seulement certains de ces facteurs aux services. Il a été convenu que la question serait réglée au stade de la rédaction.

Article 40

118. On a fait observer que le libellé du paragraphe 1 concernant les frais de transport et d'autres frais devrait être modifié compte tenu de l'approche retenue par le Groupe de travail pour les services dans d'autres dispositions similaires.

Article 42

119. Le Groupe de travail est convenu qu'il serait nécessaire d'ajouter à l'article 42 les aspects des nouvelles procédures de passation de marchés de services qui ne pourraient faire l'objet d'un recours. Selon une suggestion, la décision de rejeter toutes les propositions pourrait y figurer. Il a toutefois été convenu que l'on ne pourrait vraiment apporter ce type de modification de l'article 42 qu'une fois finalisées toutes les dispositions relatives à la passation de marchés de services.

Article 46

120. Selon une opinion, la possibilité de suspendre la procédure de passation du marché devrait être exclue pour certains services, en particulier dans les cas où il serait préjudiciable à l'entité adjudicatrice que la fourniture des services soit retardée ou interrompue même pendant une courte période. On a toutefois souligné que la suspension de la procédure de passation du marché ne pouvait être invoquée que dans les conditions spécifiées à l'article 46 et que l'entité adjudicatrice pouvait s'y soustraire si, conformément au paragraphe 4, elle certifiait qu'il était nécessaire de poursuivre la procédure de passation du marché pour des considérations urgentes d'intérêt général.

Nouvel article sur les procédures spéciales relatives aux marchés de services

121. Comme suite à son débat sur l'article 38 (voir par. 65 à 74), le Groupe de travail a examiné le texte ci-après d'un nouvel article énonçant des procédures spéciales pour les marchés de services :

Article 39 bis. Sollicitation de propositions relatives à des services

1. L'entité adjudicatrice sollicite des propositions relatives à des services ou, le cas échéant, des demandes de présélection, en faisant publier une invitation à soumettre une proposition ou une invitation à présenter une demande de présélection, selon le cas, dans ... (l'État adoptant la Loi type spécifie le journal officiel ou autre publication officielle dans lesquels l'invitation à soumettre une proposition ou l'invitation à présenter une demande de présélection sera publiée).

2. L'invitation à soumettre une proposition ou l'invitation à présenter une demande de présélection est également publiée, dans une langue d'usage courant dans le commerce international, dans un journal de diffusion internationale ou dans une publication spécialisée ou technique appropriée de diffusion internationale.

3. Nonobstant les dispositions des paragraphes 1 et 2 du présent article, l'entité adjudicatrice peut :

a) Lorsque les services requis ne sont disponibles qu'auprès d'un nombre limité de fournisseurs ou entrepreneurs, ne solliciter de propositions que desdits fournisseurs ou entrepreneurs; ou

b) Lorsque les délais et les coûts nécessaires pour examiner et évaluer un grand nombre d'offres seraient disproportionnés par rapport à la valeur des services requis, solliciter des propositions d'un nombre suffisant de fournisseurs et entrepreneurs pour garantir une véritable concurrence.

4. L'entité adjudicatrice établit les critères à utiliser pour évaluer les propositions et détermine le coefficient de pondération à accorder à chacun de ces critères et la manière dont ils seront appliqués pour évaluer les propositions. Ces critères doivent permettre d'évaluer :

a) Les qualifications, l'expérience, la réputation et la fiabilité relatives du fournisseur ou entrepreneur et sa compétence relative 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;

c) Le prix proposé par le fournisseur ou entrepreneur pour mettre en œuvre sa proposition, y compris toutes dépenses accessoires ou connexes;

d) L'effet que l'acceptation d'une proposition aura sur l'état de la balance des paiements et des réserves en devises [du présent État], le degré de participation d'entrepreneurs ou fournisseurs locaux, la promotion de l'emploi, les possibilités de développement économique qu'offre la proposition, le développement des compétences locales (... (l'État adoptant la Loi type peut élargir l'alinéa *d* en y ajoutant des facteurs supplémentaires)); et

e) 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 offres, accorder une marge de préférence qui est calculée conformément à la réglementation des marchés et est mentionnée dans le procès-verbal de la procédure de passation du marché.

5. La sollicitation de propositions émise par l'entité adjudicatrice doit comporter au minimum les renseignements suivants :

a) Le nom et l'adresse de l'entité adjudicatrice;

b) Une description des services requis et le lieu où les services doivent être fournis;

c) Les facteurs à utiliser par l'entité adjudicatrice pour déterminer la proposition à retenir, y compris toute marge de préférence et tout facteur à utiliser conformément à l'alinéa 4 *d* du présent article et la pondération à accorder à chacun de ces facteurs; et

d) La forme sous laquelle la proposition doit être présentée et toutes instructions, y compris tout délai pertinent, relatives à la proposition.

6. Toute modification ou clarification de la sollicitation de propositions, y compris toute modification des critères d'évaluation des propositions énoncées au paragraphe 4 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.

8. Pour l'évaluation des propositions relatives à un marché de services, l'entité adjudicatrice n'applique que les critères énoncés au paragraphe 4 du présent article.

9. Pour déterminer la proposition à retenir, l'entité adjudicatrice peut utiliser l'une ou l'autre des méthodes prévues aux paragraphes 10, 11 et 12 du présent article.

10. *a)* L'entité adjudicatrice peut fixer un seuil en ce qui concerne la qualité et les aspects techniques des propositions et, sans tenir compte du prix desdites propositions, classer chacune d'entre elles conformément aux facteurs d'évaluation énoncés au paragraphe 4 du présent article et aux coefficients relatifs de pondération et au mode d'application de ces facteurs énoncés dans la sollicitation de propositions. L'entité adjudicatrice compare

alors les propositions ayant atteint une note équivalente ou supérieure au seuil fixé.

b) La proposition à retenir est soit :

i) La proposition offrant le prix le plus bas; soit

ii) La proposition dont l'évaluation combinée est la meilleure sur la base du prix et des capacités techniques notées en application de l'alinéa *a* du présent paragraphe.

11. L'entité adjudicatrice peut engager des négociations avec les fournisseurs et entrepreneurs. Ces négociations sont organisées soit :

a) Conformément aux paragraphes 7, 8, 9 et 10 de l'article 38; soit

b) Conformément au paragraphe 12 du présent article.

12. 1) Toute négociation organisée conformément à l'alinéa 11 *b* du présent article est confidentielle.

2) Sous réserve des dispositions de l'article 11, une partie aux négociations ne révèle à aucune autre personne des informations techniques, des informations sur les prix ou toutes autres informations liées aux négociations sans le consentement de l'autre partie.

3) L'entité adjudicatrice :

a) Fixe un seuil conformément à l'alinéa 10 *a* du présent article;

b) Invite à des négociations sur le prix ou sur d'autres aspects de sa proposition le fournisseur ou entrepreneur ayant obtenu la notation la plus élevée en application de l'alinéa 10 *a* du présent article;

c) Informe les fournisseurs ou entrepreneurs ayant obtenu une note supérieure au seuil fixé qu'ils pourront être appelés à négocier avec elle si les négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs ayant obtenu une note plus élevée n'aboutissent pas à l'attribution d'un marché;

d) Informe les autres fournisseurs ou entrepreneurs qu'ils n'ont pas atteint le seuil requis;

e) S'il lui apparaît que les négociations avec le fournisseur ou entrepreneur invité en application de l'alinéa 12-3 *b* du présent article n'aboutiront pas à l'attribution d'un marché, informe ledit fournisseur ou entrepreneur qu'elle met fin aux négociations.

4) L'entité adjudicatrice invite alors à négocier avec elle le fournisseur ou entrepreneur ayant obtenu la deuxième note; si les négociations avec ledit entrepreneur ou fournisseur n'aboutissent pas à l'attribution d'un marché, elle invite à négocier les autres fournisseurs ou entrepreneurs sur la base de leur classement, jusqu'à ce qu'un marché soit attribué ou que toutes les propositions aient été rejetées.

Titre

122. Selon un avis qu'a partagé le Groupe de travail, le titre proposé de cette disposition n'indiquait peut-être pas avec suffisamment de clarté que les procédures à suivre étaient indépendantes et distinctes des procédures énoncées à l'article 38 pour la sollicitation de propositions. Plusieurs propositions ont été présentées, notamment les suivantes : conserver le titre actuel, mais modifier comme suit le titre de l'article 38 : "Sollicitation de propositions relatives à des biens ou travaux"; modifier comme suit le titre de la nouvelle disposition : "Sollicitation d'expressions d'intérêt"; ou l'intituler : "Procédures spéciales pour la sollicitation de propositions relatives à des services". C'est cette dernière proposition qui a suscité le plus d'intérêt, car, a-t-on estimé, elle mettait l'accent sur le fait que cette disposition était propre aux marchés de services et elle évitait d'avoir à modifier le titre actuel de l'article 38. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'examiner cette question de manière plus approfondie avant la session suivante et a décidé d'incorporer provisoirement, entre crochets, le titre actuel et la variante préférée.

Paragraphes 1, 2 *et* 3

123. Le Groupe de travail a ensuite examiné les procédures de sollicitation énoncées aux paragraphes 1, 2 et 3 du nouvel article proposé. Il a noté que le libellé proposé des paragraphes 1 et 2 supposait une procédure de sollicitation plus large, axée essentiellement sur les exigences des procédures d'appel d'offres, alors que le paragraphe 3 prévoyait une procédure de sollicitation limitée, axée pour l'essentiel sur les exigences de l'appel d'offres restreint.

124. Divers avis et préoccupations ont été exprimés quant aux procédures de sollicitation susmentionnées. Pour certains, les conditions relatives aux procédures les plus larges devraient être conservées, parce que la nouvelle méthode devait être utilisée pour la plupart des marchés de services et elles étaient donc nécessaires pour promouvoir les objectifs de la Loi type. Il a été noté à ce propos que les procédures énoncées aux paragraphes 1 et 2 ne prévoyaient que la publication de l'avis de passation du marché et non celle du dossier de sollicitation lui-même. Par contre, selon d'autres, ces conditions proposées manquaient de réalisme, parce qu'elles imposaient une charge excessive à l'entité adjudicatrice, ce qui nuirait à l'efficacité de la procédure de passation du marché. A l'appui de cet avis, on a souligné que l'imposition d'une procédure de sollicitation trop large aurait, dans certains cas, des effets nocifs sur la concurrence, car elle inciterait des fournisseurs ou entrepreneurs à ne pas participer à la procédure vu leurs faibles chances d'être retenus et le coût élevé de la préparation des propositions. Il a également été noté que, même lorsqu'un seuil était fixé pour réduire le nombre de propositions à examiner en définitive, il fallait néanmoins examiner ou évaluer dans une certaine mesure toutes les propositions. Il a en outre été noté que c'était précisément du fait de ces considérations que les services professionnels faisaient traditionnellement l'objet d'une procédure limitée de sollicitation. A ce propos, on a fait observer que le champ des services qui seraient régis par la Loi type ne se limiterait pas aux services professionnels. En réponse à cette observation, il a été avancé que la majorité des autres services pourrait, de toute façon, faire l'objet d'une procédure d'appel d'offres.

125. Selon une troisième approche, se situant en quelque sorte à mi-chemin entre les deux avis mentionnés ci-dessus, il fallait d'une manière ou d'une autre s'efforcer de déterminer l'ampleur de la procédure de sollicitation en fonction de la valeur du marché. Ainsi, on éviterait d'imposer des procédures de passation des marchés trop compliquées pour

des marchés de services routiniers et de faible valeur, ne justifiant pas le recours à de telles procédures. A cette fin, on pourrait indiquer dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type que les marchés de services de faible valeur pourraient être exclus par l'État adoptant la Loi type, par le biais du paragraphe 2 de l'article premier. Il a été avancé que l'on pourrait obtenir le même résultat par une méthode plus précise, sans nécessairement exclure la Loi type dans son ensemble, en ajoutant une disposition excluant expressément les procédures de sollicitation les plus larges dans le cas des marchés de services de faible valeur.

126. Confronté à ces avis très divers, le Groupe de travail a estimé qu'il serait souhaitable d'examiner plus avant, lors de la session suivante, la question de l'ampleur des procédures de sollicitation de propositions. Aussi a-t-il prié le Secrétariat d'élaborer pour cette session des variantes fondées sur les différents avis qui avaient été présentés. Outre ces avis sur la question fondamentale de l'ampleur des procédures de sollicitation, le Groupe de travail a noté que plusieurs observations avaient été faites, dont certaines pourraient être prises en compte dans une version future. Il s'agissait notamment des observations suivantes : la procédure publique de sollicitation ne devrait pas interdire à l'entité ajudicatrice de procéder en outre à une sollicitation directe; il faudrait envisager de disposer que la procédure de sollicitation ne confère à personne le droit de faire évaluer sa proposition; il faudrait inclure dans la Loi type, ou du moins mentionner dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type, des mécanismes qui permettraient d'alléger, le cas échéant, la charge imposée à l'entité adjudicatrice; par exemple, il pourrait être bon de prévoir une procédure d'évaluation en trois étapes, dont la première consisterait à vérifier rapidement si les propositions répondent à certains critères impératifs; les dispositions énoncées à l'alinéa 3 *a* devraient reprendre plus étroitement la stricte règle correspondante énoncée pour l'appel d'offres restreint, selon laquelle "tous" les fournisseurs du service en question devraient être sollicités dans les cas visés. Selon une variante de cette dernière proposition, il fallait solliciter dans ces cas "tous les fournisseurs ou entrepreneurs connus", de manière à éviter à l'entité adjudicatrice d'avoir à effectuer trop de recherches, bien que l'on ait douté que cette proposition, de même que celle tendant à ajouter simplement le mot "tous", puisse être appliquée dans la pratique.

Paragraphes 4 et 5

127. On a proposé de changer l'ordre des paragraphes de l'article 39 *bis* de façon à faire mieux apparaître la chronologie des diverses procédures. Ainsi, l'actuel paragraphe 5, relatif au contenu de la sollicitation de propositions, devrait faire suite au paragraphe 3 sur les procédures de sollicitation. Il a été convenu que cette question serait examinée au stade de la rédaction.

128. On a fait observer que dans le cas de la plupart des services professionnels se posait la question de savoir si le fournisseur ou l'entrepreneur étaient habilités à fournir les services compte tenu des obligations pouvant découler de licences. On a fait valoir toutefois que, s'il pouvait être important d'inclure cette question à l'alinéa *a* du paragraphe 4, il fallait néanmoins la distinguer de la question de l'octroi de licences qui relevait davantage des qualifications et qui était traitée à l'article 6. De l'avis général, il fallait stipuler au paragraphe 5 que toutes conditions d'admissibilité devraient être indiquées dans la sollicitation de propositions.

129. Il a été proposé d'ajouter à la fin de la dernière phrase du chapeau du paragraphe 4 le mot "seulement", cela, a-t-on expliqué, afin que l'entité adjudicatrice applique uniquement les critères énoncés dans ce paragraphe. A l'encontre de cet argument, on a fait valoir que les critères figurant au paragraphe 4 pourraient ne pas être exhaustifs, que l'entité adjudicatrice pourrait souhaiter en appliquer d'autres, et qu'elle devrait y être autorisée à condition que ces autres critères ne soient pas discriminatoires. Il a été convenu que l'obligation essentielle à cet égard était que, conformément au paragraphe 5, l'entité adjudicatrice avise préalablement tous les fournisseurs et entrepreneurs des critères qu'elle appliquerait ainsi que de la méthode qu'elle utiliserait pour la sélection d'une proposition.

130. D'autres propositions portant sur la forme ont été formulées, dont les suivantes : il faudrait, à l'alinéa 4 *a*, ajouter le mot "responsabilité" et supprimer le mot "relatives"; à l'alinéa 4 *b* (dans le texte anglais) les mots *"effectiveness of the proposal"* ne rendaient peut-être pas correctement la condition que la proposition était censée remplir; enfin, à l'alinéa 4 *e* (toujours dans le texte anglais) le mot *"reflected"* devrait être remplacé par le mot *"included"*. Il a été noté par ailleurs que les termes employés à l'alinéa 5 *b* concernant le lieu où les services devaient être fournis, devaient être alignés sur ceux qui avaient été retenus pour les autres dispositions analogues (voir les paragraphes 105 à 107).

Paragraphes 6 à 10

131. On a fait observer qu'il faudrait préciser aux paragraphes 8 et 9 que l'entité adjudicatrice, pour évaluer les propositions et déterminer celle qui était à retenir, devrait appliquer uniquement les critères et la méthode de sélection indiqués aux fournisseurs et entrepreneurs dans la sollicitation de propositions.

132. A propos du paragraphe 9, on a fait observer qu'il faisait référence aux méthodes appliquées pour déterminer la proposition à retenir qui étaient énoncées aux paragraphes 10, 11 et 12; or, ce dernier n'était pas présenté comme une méthode distincte, mais seulement comme un ensemble de règles pour une négociation conformément à la méthode prévue à l'alinéa 11 *b*. Il a donc été convenu que cet alinéa devrait être placé au paragraphe 12.

133. Selon une opinion, il faudrait prévoir une disposition générale permettant des négociations avant l'évaluation, même dans les cas où l'entité adjudicatrice entendait déterminer la proposition à retenir en recourant à la méthode prévue au paragraphe 10. Il a été déclaré que ces négociations seraient utiles en ce qu'elles permettraient aux fournisseurs et entrepreneurs et à l'entité adjudicatrice de vérifier que les besoins de cette dernière étaient bien compris. On a fait observer, cependant, qu'il ne serait peut-être pas approprié de permettre des négociations avant l'évaluation, car cette procédure pourrait donner lieu à des abus. Il a été convenu qu'il vaudrait mieux stipuler à l'article 39 *bis* que l'entité adjudicatrice pouvait convoquer une réunion

analogue à celle prévue au paragraphe 3 de l'article 26, où des éclaircissements pourraient être donnés sur la sollicitation de propositions.

134. Selon une opinion, le seuil fixé à l'alinéa 10 *a* ne s'appliquait pas lorsque l'entité adjudicatrice sélectionnait une offre sur la base d'une évaluation combinée du prix et des aspects techniques de la proposition conformément au sous-alinéa 10 *b* ii. On a fait toutefois observer que, même dans ce cas, le seuil serait utile à l'entité adjudicatrice car il limiterait le risque de retenir une proposition dont le prix était intéressant, mais dont la valeur technique était très faible.

135. On a fait observer qu'il était courant dans l'évaluation des services de recourir à un système de double enveloppe, de façon à bien séparer les aspects techniques des propositions et le prix et de ne révéler les prix qu'une fois terminée l'évaluation technique. Il s'agissait là d'un système important car il permettait d'éviter que le prix n'influe sur l'évaluation technique et, bien qu'il soit fait allusion à cette séparation à l'alinéa 10 *a*, il importait d'être plus clair à ce sujet.

Paragraphes 11 *et* 12

136. Le Groupe de travail s'est montré favorable à l'inclusion dans la Loi type des diverses procédures de négociation et d'évaluation exposées aux paragraphes 11 et 12. La disposition antérieure prévoyait la sélection de la proposition offrant le prix le plus bas, ou de la meilleure proposition sur la base d'une évaluation combinée du prix et des capacités techniques, alors que le paragraphe 12 prévoyait la sélection d'une proposition après négociation avec le fournisseur ou l'entrepreneur ayant reçu la meilleure note technique. Selon une opinion, il convenait de préciser que les paragraphes 11 et 12 offraient à l'entité adjudicatrice deux possibilités. On a aussi beaucoup insisté sur le fait que l'entité adjudicatrice devait indiquer, dans la sollicitation de propositions, la méthode d'évaluation et de sélection à laquelle elle entendait recourir.

137. Dans des observations de caractère général, le Groupe de travail a été instamment prié de voir si l'ensemble des méthodes d'évaluation et de sélection présentées serait suffisant pour faire du nouvel article spécial la seule méthode de passation de marchés de services autres que ceux qui pouvaient être obtenus par le biais d'un appel d'offres, d'une sollicitation de prix ou d'une sollicitation d'une source unique. Selon une opinion, une telle approche serait plus spécifique et plus simple à appliquer pour l'entité adjudicatrice que l'approche actuellement retenue au paragraphe 3 de l'article 16. Le nouvel article contiendrait, a-t-on déclaré, les caractéristiques essentielles, notamment de la sollicitation de propositions et de la négociation avec appel à la concurrence, ce qui éviterait, à l'alinéa 3 *b* de l'article 16, d'avoir à présenter à l'entité adjudicatrice un éventail de méthodes de passation de marchés compliqué ou déconcertant. Le Groupe de travail a toutefois convenu que le nouvel article ne devrait pas remplacer l'appel d'offres en deux étapes, la sollicitation de propositions ou la négociation avec appel à la concurrence.

138. S'agissant de la teneur du paragraphe 11, le Groupe de travail a déclaré qu'il préférait éviter à l'alinéa *a* la méthode du renvoi à la sollicitation de propositions pour incorporer les procédures de négociation, notamment la méthode de la meilleure offre définitive. On a estimé qu'il serait possible d'établir une distinction plus nette entre le nouvel article spécial sur les services et les dispositions sur la sollicitation de propositions pour les biens et les travaux en énonçant de nouveau les procédures de négociation dans le nouvel article. On a fait valoir que le renvoi au paragraphe 9 de l'article 38 était inapproprié dans la mesure où la nouvelle disposition prévoyait des critères d'évaluation légèrement différents. Selon une autre proposition, l'alinéa *b* devrait être incorporé au paragraphe 12 au lieu de faire partie du paragraphe 11. Il a aussi été suggéré qu'étant donné la longueur du nouvel article proposé, on envisage de présenter dans un article distinct le paragraphe 12 qui, a-t-on fait remarquer en passant, devait être renuméroté pour suivre la forme adoptée dans la Loi type. On a enfin fait observer qu'il faudrait, à l'alinéa 12-3 *b*, parler de négociations sur un prix "raisonnable".

139. Au cours de délibérations sur les paragraphes 11 et 12, plusieurs orateurs ont fait allusion à l'absence de disposition — analogue à celle énoncée à l'article 33 pour la procédure d'appel d'offres — prévoyant expressément le rejet par l'entité adjudicatrice de toutes les propositions. Il a été convenu que le droit de rejeter toutes les propositions était un droit important qui devrait être prévu pour toutes les méthodes de passation de marchés. Le Secrétariat a donc été prié de présenter au Groupe de travail, à sa prochaine session, un projet de disposition sur la question, qui serait incluse au chapitre premier. Le Groupe de travail craignait en effet que la mention, dans le nouvel article, du droit de rejeter toutes les offres ne donne à penser, à tort, que ce droit n'existait que pour les méthodes dans lesquelles il était expressément mentionné. En même temps, il a souligné qu'au stade actuel il fallait limiter au minimum les amendements apportés à la Loi type et que seuls devaient être envisagés ceux qui résultaient de l'extension de cette Loi aux services et qui amélioraient la forme sans changer les principes.

140. Diverses suggestions ont été faites quant au contenu d'une disposition générale sur le rejet de toutes les propositions. Selon une opinion, il fallait bien distinguer entre le rejet de toutes les propositions motivé par une évaluation qualitative et le rejet de toutes les propositions résultant d'un changement de politique ou attribuable à un manque de ressources budgétaires. Selon une autre opinion, il serait préférable de ne pas faire de distinction de ce genre, mais de stipuler que toutes les propositions pouvaient être rejetées "s'il est de l'intérêt public de le faire". Une autre opinion encore, allant davantage dans le sens de la précédente, a été qu'il faudrait conserver le libellé actuel de l'article 33 lors de l'élaboration de la nouvelle disposition générale. Il a également été rappelé au Groupe de travail qu'il faudrait peut-être d'une façon ou d'une autre faire une distinction entre la période pendant laquelle le rejet de toutes les propositions serait acceptable et le moment où l'entité adjudicatrice serait tenue de conclure un marché. Enfin, il y a eu un large accord sur deux points, à savoir le fait que le droit de rejeter toutes les propositions devrait être indiqué au préalable dans le dossier de sollicitation ou des documents analogues, et le fait que l'exercice de ce droit ne devrait pas pouvoir faire l'objet d'un recours au titre de l'article 42, comme c'est actuellement le cas avec l'article 33.

141. Lors de l'examen des paragraphes 11 et 12, on s'est aussi demandé dans quelle mesure il y avait lieu d'inclure des dispositions en particulier sur la formation du contrat qui résulterait des négociations ou d'une autre méthode de sélection employée dans le cadre de la nouvelle procédure. De l'avis général, il fallait être plus explicite qu'on ne l'était actuellement au sujet du contrat, compte tenu du fait que la nouvelle procédure était destinée à être la principale méthode de passation des marchés de services. Il a été convenu que les règles énoncées à l'article 35 pour la procédure d'appel d'offres devraient généralement être applicables aux nouvelles procédures relatives aux services, ce à quoi il était possible de parvenir au moyen d'un renvoi. Le Groupe de travail a également été instamment prié d'inclure une disposition prévoyant que, dans le cas des services, la sollicitation de propositions devrait comporter obligatoirement une copie du contrat à signer. On a fait valoir que cela contribuerait à protéger les intérêts de l'acheteur public puisque le fournisseur ou l'entrepreneur n'avait naturellement pas pour principal souci, lors de la rédaction des contrats, les intérêts de l'acheteur public. Cette suggestion a recueilli des suffrages, encore que l'on se soit demandé s'il ne serait pas préférable d'adopter une approche plus souple consistant à mentionner que la procédure était optionnelle.

142. Selon certains, il serait peut-être approprié, compte tenu de l'addition des nouvelles procédures, d'essayer d'inclure au chapitre premier une disposition relative à la formation du contrat applicable à diverses méthodes de passation de marchés. La proposition d'inclure une disposition générale sur la formation du contrat a suscité des doutes. On a rappelé que la décision d'inclure une disposition relative à la formation du contrat uniquement pour la procédure d'appel d'offres avait été une décision consciente, la question étant ainsi, pour les autres méthodes de passation de marchés, régie par le droit des contrats applicable. On a fait observer que, du fait de la diversité des situations et du caractère moins formel des procédures, dans certaines de ces autres méthodes, il serait peut-être difficile de rédiger une règle générale valable. Le Groupe de travail a néanmoins décidé d'examiner la question en s'appuyant sur une évaluation par le Secrétariat de la possibilité d'une disposition générale, qui serait présentée à la prochaine session.

143. Après délibération, le Groupe de travail a prié le Secrétariat de revoir les nouvelles procédures, en tenant compte de ses délibérations et décisions. Il a également pris note de l'avis exprimé par certaines délégations selon lequel il serait préférable d'essayer de réintégrer les procédures spéciales relatives aux services dans l'article 38.

IV. AUTRES QUESTIONS

144. Il a été suggéré que soit la Loi type, soit le Guide abordent la question des méthodes ou usages à appliquer pour noter les offres ou les propositions, afin d'éviter une application inappropriée ou incorrecte. Selon une autre suggestion, l'article 39 *bis* devrait comporter une disposition donnant quelques indications à l'entité adjudicatrice sur le mécanisme administratif approprié pour déterminer la proposition à retenir, notamment sur la façon d'attribuer des notes. On a toutefois rappelé qu'une proposition similaire avait été faite lors des délibérations de la Commission sur la Loi type et qu'elle avait été rejetée au motif qu'elle allait trop loin en dictant aux États adoptant la Loi type comment organiser leurs mécanismes administratifs internes.

145. Le Groupe de travail a également examiné une proposition visant à stipuler à l'article 39 *bis* que la proposition à retenir pouvait être choisie par le biais d'un concours de projets. On a souligné que cette méthode était couramment utilisée pour évaluer des propositions ayant un contenu esthétique. On a déclaré qu'une telle disposition pourrait aborder des questions telles que la composition et l'impartialité du jury ou du groupe de sélection, et qu'un tel processus de sélection devrait s'en tenir à la composante esthétique de la proposition. Il a été souligné aussi qu'une telle disposition ne serait appropriée que dans le cas où le jury rendait un jugement ou prenait une décision contraignants pour l'entité adjudicatrice. Il a été convenu qu'un projet de disposition serait soumis pour examen au Groupe de travail à sa prochaine session. On a toutefois indiqué que son libellé ne devrait pas donner à penser que l'organisation de concours de projets était limitée à la passation de marchés de services. On a également suggéré d'éviter l'emploi des mots "jury" ou "jurés", en raison des différentes connotations qu'ils pouvaient recouvrir.

146. On a indiqué que, en définissant la passation d'un marché comme l'"acquisition par un moyen quelconque", la question risquait de se poser de savoir si la Loi type était censée porter sur les services fournis à des entités publiques à titre gracieux. Le Groupe de travail a été d'avis que, indépendamment du problème des groupes de pression et des consultants payés par des tiers et indépendamment de la possibilité d'une fourniture gratuite de services à des gouvernements à des fins altruistes, la question concernait le cadre législatif qui régissait l'éthique de l'État et allait au-delà des dispositions de l'article 13 de la Loi type sur les incitations proposées par des fournisseurs ou entrepreneurs. Le Groupe de travail a convenu qu'il suffirait, pour régler le problème, d'indiquer clairement que la Loi type régissait l'acquisition à titre onéreux. Selon un avis, on pourrait par exemple employer une expression telle que "acquisition moyennant rémunération".

147. Une question a également été soulevée à propos de la définition du mot "biens" sur laquelle le Groupe de travail s'était précédemment mis d'accord. On a fait observer que cette définition prenait uniquement comme exemples des objets pouvant être considérés comme des biens et donnait à l'État adoptant la Loi type l'option d'ajouter d'autres exemples à la liste. Il a été indiqué que, du fait que les "services" désignaient tout ce qui n'était ni biens ni travaux, il serait préférable d'avoir une définition définitive du mot "biens", de façon à éviter deux définitions non exhaustives. On a donc proposé la définition suivante :

> Le mot "biens" désigne des objets de toute nature tels que matières premières, produits et équipement, et des objets sous forme solide ou gazeuse, et l'électricité et inclut les services connexes à la fourniture des biens si la valeur de ces services ne dépasse pas celle des biens eux-mêmes.

148. Le Groupe de travail a décidé d'examiner plus avant cette proposition à sa prochaine session.

149. On a de nouveau fait valoir que, du fait que dans sa formulation actuelle l'article 39 *bis* énonçait diverses méthodes comportant des négociations, y compris les négociations prévues à l'article 38, il devrait être possible de limiter la procédure de passation de marchés de services soit à l'appel d'offres, soit aux méthodes prévues à l'article 39 *bis*. On a souligné que cela aurait l'avantage de simplifier la Loi type en empêchant la possibilité de recourir à toutes les autres méthodes ainsi qu'à l'article 39 *bis* pour la passation de marchés de services. Selon un avis, le Groupe de travail aurait l'occasion de revenir sur cette question à sa prochaine session.

150. Il a également été suggéré que le Secrétariat examine où le nouvel article devrait être inséré, puisque c'est dans cet article que serait désormais énoncée la méthode privilégiée de passation des marchés de services.

151. Selon un avis, le Guide devrait mentionner que, pour incorporer la Loi type, certains États pourraient envisager de n'énoncer dans leur législation que le principe général, les règles détaillées étant alors décrites dans la réglementation des marchés.

V. TRAVAUX FUTURS

152. On a fait valoir avec force qu'il sera nécessaire de tenir une réunion supplémentaire du Groupe de travail pour examiner les questions en suspens avant de présenter un projet de texte définitif à la Commission à sa vingt-septième session. Il a été noté que la prochaine session du Groupe de travail devait se tenir à New York du 14 au 25 mars 1994. On a indiqué qu'il serait impossible en effet de présenter un rapport à la Commission sur la base des travaux de la présente session.

153. On a aussi indiqué qu'il faudrait réfléchir à la façon dont la Loi type devrait être présentée dans sa forme définitive. A cet égard, certains se sont déclarés favorables à un texte regroupant à la fois la Loi type et le Guide pour l'incorporation de la Loi type et où les articles de la Loi type seraient suivis par les sections du Guide dans lesquelles ils sont examinés. Il a également été noté qu'une liste des amendements apportés à la Loi type pour qu'elle s'applique aux services serait utile pour les États qui avaient déjà adopté une loi inspirée de la Loi type. On a toutefois fait observer que la forme sous laquelle serait présenté le texte définitif de la Loi type dépendait des ressources financières disponibles.

B. Document de travail soumis au Groupe de travail du nouvel ordre économique international à sa seizième session : passation des marchés : projets de dispositions législatives types sur la passation des marchés de services : note du Secrétariat (A/CN.9/WG.V/WP.38) [Original : anglais]

TABLE DES MATIÈRES

Pages

INTRODUCTION 58

PROJETS D'AMENDEMENTS ET D'AJOUTS VISANT A ÉTENDRE AUX MARCHÉS DE SERVICES LE CHAMP D'APPLICATION DE LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA PASSATION DES MARCHÉS DE BIENS ET DE TRAVAUX 59

INTRODUCTION

1. Le Groupe de travail a commencé ses travaux sur la question de la passation des marchés à sa dixième session, tenue du 17 au 25 octobre 1988, et il a consacré ses onzième à quinzième sessions à l'élaboration de la Loi type sur la passation des marchés de biens et de travaux (les rapports de ces sessions ont été publiés sous les cotes A/CN.9/315, 331, 343, 356, 359 et 371). A sa dixième session, le Groupe de travail avait décidé de limiter la Loi type, du moins initialement, aux marchés de biens ou de travaux et de ne pas traiter à ce stade des marchés de services (A/CN.9/315, par. 25). La Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux a été adoptée par la Commission à sa vingt-sixième session (Vienne, 5-23 juillet 1993)[1].

2. A sa vingt-sixième session, la Commission était saisie d'une note établie par le Secrétariat sur les travaux futurs possibles dans le domaine des marchés de services (A/CN.9/378/Add.1). La note traitait des questions suivantes : opportunité et faisabilité de dispositions législatives types sur la passation des marchés de services; principales différences entre les marchés de services et les marchés de biens ou de travaux; et teneur possible des dispositions législatives types sur la passation des marchés de services. Dans une annexe, la note présentait le texte proposé d'amendements et d'ajouts à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux afin d'élargir son champ d'application aux marchés de services.

3. Après un débat, la Commission a décidé que le Groupe de travail devrait élaborer des projets de dispositions relatives aux marchés de services. Des avis divergents ont été

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-huitième session, Supplément n° 17* (A/48/17), annexe I.

exprimés quant au meilleur moyen de formuler des dispositions types, mais il a été convenu qu'elles devraient être présentées d'une manière convenant tant aux États qui auraient adopté la Loi type sur la passation des marchés de biens et de travaux qu'aux États qui envisageraient d'adopter simultanément les dispositions relatives aux biens et aux travaux et aux services[2].

4. On trouvera dans la présente note des propositions d'amendements et d'ajouts qui permettraient d'élargir le champ d'application de la Loi type aux marchés de services; il s'agit là d'une variante de l'approche proposée dans l'annexe au document A/CN.9/378/Add.1. La principale différence entre les deux propositions est la suivante : s'il est proposé, dans le document A/CN.9/378/Add.1, d'ajouter, dans un chapitre IV *bis* de la Loi type, des procédures spéciales d'évaluation applicables aux appels d'offres pour les marchés de services, la présente note conserve les procédures d'appel d'offres telles quelles et ajoute aux dispositions sur la sollicitation de propositions des procédures spéciales d'évaluation applicables aux marchés de services. Cette approche pourra être jugée préférable car, si l'on peut recourir à la procédure d'appel d'offres pour la passation de marchés relatifs à certains services, notamment les services dont les paramètres techniques et qualitatifs et les paramètres relatifs aux fournisseurs peuvent être objectivement mesurés et spécifiés, les marchés relatifs à de nombreux autres types de services ne feront normalement pas l'objet d'une procédure d'appel d'offres. En effet, la procédure d'évaluation des offres dans le cadre d'un appel d'offres ne sera pas, dans de nombreux cas, jugée adaptée aux marchés de services, lorsque la qualité et les aptitudes du fournisseur constituent un facteur d'évaluation plus important que le prix.

5. La méthode de sollicitation de propositions décrite dans la Loi type semblerait également mieux adaptée aux marchés de services, car elle permettrait à l'entité adjudicatrice d'adresser la sollicitation de propositions à un nombre limité de fournisseurs ou entrepreneurs, ce qui est pratique courante pour les marchés de services de consultants par exemple. Elle permettrait également la publication d'avis qui donneraient aux fournisseurs et entrepreneurs qui n'auraient pas été directement contactés par l'entité adjudicatrice la possibilité de faire part de leur intérêt, sans pour autant contraindre l'entité adjudicatrice à donner suite à chacune des expressions d'intérêt reçues.

6. La présente proposition offre à l'entité adjudicatrice diverses options quant à la méthode d'évaluation et de sélection du fournisseur de services dans le cadre de la procédure de sollicitation de propositions. Le nouvel article 39 *bis* proposé conserverait les procédures énoncées à l'article 38 (sollicitation de propositions) pour les marchés de services, si ce n'est qu'il établirait des procédures d'évaluation différentes, visant à tenir compte des principales différences en la matière entre les biens et travaux et les services. La procédure d'évaluation énoncée à l'article 39 *bis* prévoirait la fixation d'un seuil qualitatif et technique, la proposition à retenir étant choisie parmi les propositions dont l'évaluation atteint ou dépasse ce seuil. Ce choix se ferait soit sur la base du prix, soit sur la base d'une combinaison de la qualité technique et du prix, soit par le biais de négociations avec les fournisseurs.

[2] *Ibid.*, par. 261 et 262.

PROJETS D'AMENDEMENTS ET D'AJOUTS VISANT A ÉTENDRE AUX MARCHÉS DE SERVICES LE CHAMP D'APPLICATION DE LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA PASSATION DES MARCHÉS DE BIENS ET DE TRAVAUX

1. Modifier comme suit le titre de la Loi type : "Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés".

2. A l'alinéa *a* de l'article 2, ajouter le mot "services" à la définition de la "passation des marchés" et supprimer la référence aux "services connexes", de sorte que la définition de la "passation d'un marché" soit libellée comme suit :

"Les mots "passation d'un marché" désignent l'acquisition par un moyen quelconque, y compris l'achat, la location, le crédit-bail ou la location-vente, de biens, de travaux *ou de services*."

3. A l'alinéa *c* de l'article 2, ajouter une référence aux "services connexes" dans la définition des "biens" :

"Le mot "biens" désigne des matières premières, produits, équipements et autres objets matériels de toute nature, qu'ils soient sous forme solide, liquide ou gazeuse, et l'électricité *et inclut les services connexes à la fourniture de biens si la valeur de ces services ne dépasse pas celle des biens eux-mêmes*."

Observation : Vu la suppression de la référence aux services connexes dans la définition de la "passation d'un marché", cet ajout a pour objet de permettre à l'entité adjudicatrice d'acquérir des services connexes faisant partie intégrante d'un marché de biens conformément aux dispositions de la Loi type régissant les marchés de biens, plutôt qu'aux dispositions relatives aux marchés de services. Cette référence aux services connexes figure déjà dans la définition du mot "travaux".

(*Note à l'intention du Groupe de travail*) : Le Groupe de travail voudra peut-être envisager de prévoir une définition des services, notamment si la Loi type comporte des dispositions applicables uniquement aux marchés de services. On pourrait par exemple indiquer dans la définition que le mot "services" désigne les produits qui ne sont ni des biens ni des travaux. Cela semble par exemple être le sens des mots "marchés publics de services" dans la directive de la Communauté européenne sur la coordination des procédures pour l'attribution de marchés publics de services (Directive CEE 92/50). On pourrait également prévoir de laisser un blanc dans la Loi type, afin de permettre à l'État l'adoptant d'incorporer sa propre définition ou sa propre liste des produits qui seront considérés comme des services dans sa juridiction. Cette solution serait plus souple, car certains produits pourront être considérés comme des services dans certains États et non dans d'autres; elle serait également suffisamment transparente, car l'État adoptant la Loi type devrait indiquer dans la loi ce qu'il considérera comme des services.

4. Sauf dans les articles mentionnés au paragraphe 5 ci-après, apporter la modification suivante dans l'ensemble de la Loi type :

Remplacer les mots "biens ou travaux" par les mots "objet du marché".

5. Ajouter les mots "ou services" après le mot "biens" aux articles 19-1, 20-1 *d* et 23-1 *c* et, aux articles 18 *a* et 25 *g*,

après le mot "travaux". Aux alinéas *a*, *b* et *c* de l'article 20-1, remplacer les mots "biens ou travaux" par les mots "biens, travaux ou services".

6. A l'article 9-2, ajouter une référence aux sous-alinéas i, ii et iii de l'article 39 *bis*-5 *c*, afin d'englober les communications relatives aux marchés de services auxquels l'article 9-2 serait appliquable.

7. A l'article 40-1, ajouter les mots "ou services" après le mot "biens".

Observation : Ces ajouts permettraient à l'entité adjudicatrice d'utiliser, pour les marchés de services, la procédure de sollicitation de prix actuellement énoncée dans la Loi type.

8. A l'article 23-1 *b* ajouter les mots "ou une description des services requis" après les mots "à effectuer".

9. A l'article 38, ajouter le paragraphe 7 *bis* suivant :

"7 *bis*. Pour les marchés de services, l'entité adjudicatrice, au lieu d'appliquer les procédures prévues aux paragraphes 7, 8 et 9 du présent article, évalue les propositions conformément à l'article 39 *bis*."

Observation : Cet ajout aurait pour effet d'entraîner l'application des procédures d'évaluation prévues à l'article 39 *bis* aux marchés de services passés au moyen de la procédure de sollicitation de propositions, au lieu des procédures d'évaluation prévues aux paragraphes 7, 8 ou 9 de l'article 38, qui ne seraient alors appliquées que pour les marchés de biens et de travaux.

(*Note à l'intention du Groupe de travail*) : Le Groupe de travail voudra peut-être étudier si les conditions d'utilisation de la procédure de sollicitation de propositions énoncées à l'article 17-1 sont suffisamment larges et souples pour englober les types de marchés de services pour lesquels la procédure d'appel d'offres ne serait pas la méthode de passation des marchés la plus appropriée.

10. Ajouter l'article 39 *bis* suivant :

"Article 39 *bis*. *Évaluation des propositions relatives aux marchés de services*

1. Lorsqu'elle évalue les propositions relatives à la passation d'un marché de services, l'adjudicatrice n'applique que les critères énoncés à l'article 38-3.

2. *a)* L'entité adjudicatrice fixe, en ce qui concerne la qualité et les aspects techniques, un seuil que les propositions doivent atteindre pour pouvoir être examinées en application du paragraphe 3 du présent article.

b) Sans tenir compte du prix des propositions, l'entité adjudicatrice note chaque proposition conformément aux facteurs d'évaluation énoncés à l'article 38-3 et aux coefficients relatifs de pondération et au mode d'application de ces facteurs énoncés dans la sollicitation de propositions. L'entité adjudicatrice classe alors les propositions selon cette notation.

3. *a)* L'entité adjudicatrice compare ensuite les propositions ayant atteint une note équivalente ou supérieure au seuil fixé conformément au paragraphe 2 *a* du présent article.

b) La proposition à retenir est soit :

i) La proposition offrant le prix le plus bas; soit

ii) La proposition dont l'évaluation combinée est la meilleure, sur la base du prix et des capacités techniques notées en application du paragraphe 2 *b* du présent article; soit

iii) La proposition que l'entité adjudicatrice choisit après des négociations conformément au paragraphe 4 du présent article.

4. *a)* L'entité adjudicatrice peut engager des négociations avec les fournisseurs et les entrepreneurs, afin de déterminer la proposition à retenir conformément au paragraphe 3 *b* iii du présent article, si elle l'a spécifié dans la sollicitation de propositions.

b) i) Toute négociation entre l'entité adjudicatrice et un fournisseur ou entrepreneur est confidentielle.

ii) Sous réserve des dispositions de l'article 11, une partie aux négociations ne révèle à aucune autre personne des informations sur les prix ou toutes autres informations liées aux négociations sans le consentement de l'autre partie.

c) L'entité adjudicatrice :

i) Invite à des négociations sur le prix ou sur d'autres aspects de son offre le fournisseur ou entrepreneur ayant obtenu la notation la plus élevée en application du paragraphe 2 *b* du présent article;

ii) Informe les fournisseurs ou entrepreneurs ayant obtenu une note supérieure au seuil fixé qu'ils pourront être appelés à négocier avec elle si les négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs ayant obtenu une note plus élevée n'aboutissent pas à l'attribution d'un marché;

iii) Informe les autres fournisseurs ou entrepreneurs qu'ils n'ont pas atteint le seuil requis;

iv) S'il lui apparaît que les négociations avec le fournisseur ou entrepreneur invité en application du paragraphe 4 *c* i du présent article n'aboutiront pas à l'attribution d'un marché, informe ledit fournisseur ou entrepreneur qu'elle met fin aux négociations.

d) L'entité adjudicatrice invite alors à négocier avec elle le fournisseur ou entrepreneur ayant obtenu la deuxième note; si les négociations avec ledit entrepreneur ou fournisseur n'aboutissent pas à l'attribution d'un marché, elle invite à négocier les autres fournisseurs ou entrepreneurs sur la base de leur classement, jusqu'à ce qu'un marché soit attribué ou que toutes les propositions aient été rejetées."

Observation : L'article 39 *bis* vise à tenir compte du fait que, dans de nombreux cas, le principal facteur à prendre en compte, lors de l'examen et de l'évaluation des propositions relatives à des marchés de services, est la compétence et les aptitudes techniques du fournisseur ou entrepreneur. La détermination d'un seuil permet notamment à l'entité adjudicatrice d'appliquer un critère fondé sur le prix dans les circonstances où cela est approprié.

L'entité adjudicatrice dispose de trois options pour la sélection de la proposition à retenir. La première option énoncée au paragraphe 3 *b* i est présentée parce que, si le seuil de qualification est suffisamment élevé, tous les fournisseurs ou entrepreneurs ayant atteint ce seuil ou l'ayant dépassé seront très probablement à même de fournir les services requis par l'entité adjudicatrice conformément à des normes de qualité plus ou moins équivalentes. Ainsi, l'entité adjudicatrice pourra simplement mettre ces propositions en concurrence sur la base de leur prix.

Dans la deuxième option, énoncée au paragraphe 3 *b* ii, l'entité adjudicatrice évaluerait, au moyen d'une formule préalablement déterminée, les aspects techniques des propositions, elle évaluerait le prix de ces propositions en tant que critère distinct, puis combinerait les résultats des évaluations fondées sur ces deux critères pondérés pour noter chaque proposition. Elle comparerait ensuite les notes des propositions obtenues sur la base des évaluations combinées et la proposition ayant la note la plus élevée serait la proposition à retenir.

Si les sous-alinéas i et ii du paragraphe 3 *b* n'envisagent pas de négociations, l'entité adjudicatrice peut, en appliquant les procédures énoncées aux sous-alinéas iii du paragraphe 3 *b*, négocier avec les fournisseurs ou entrepreneurs pour déterminer la proposition à retenir. Ces négociations sont menées conformément au paragraphe 4 de l'article 39 *bis*.

Il semblerait que l'on a fréquemment recours, pour les marchés de services de consultants, à des négociations du type de celles qui sont prévues au paragraphe 3 *b* iii. Le paragraphe 4 vise à garantir que les négociations seront équitables, tant pour l'entité adjudicatrice que pour les fournisseurs ou entrepreneurs. Il énonce le principe de la confidentialité et dispose que le classement technique sera respecté, tout en laissant à l'entité adjudicatrice une certaine latitude pour déterminer quel fournisseur ou entrepreneur est le mieux à même de répondre à ses besoins.

(*Note à l'intention du Groupe de travail*) : Il est toutefois concevable que, dans certaines circonstances, l'entité adjudicatrice souhaite négocier avec un certain nombre de fournisseurs, afin de leur permettre de soumettre leur meilleure offre définitive avant une évaluation finale. Cette procédure n'est pas prévue à l'article 39 *bis*, en application duquel les négociations conformément au paragraphe 4 ne peuvent être engagées qu'avec un fournisseur à la fois, et avec l'intention de conclure un marché. Le Groupe de travail voudra peut-être envisager de prévoir des négociations élargies, avant les procédures d'évaluation prévues à l'article 39 *bis*.

11. A l'article 42-2, ajouter l'alinéa *e bis* ci-après :

"*e bis* le choix de la méthode d'évaluation, dans le cas d'un marché de services, en application de l'article 39 *bis*;"

Observation : Cet ajout exclurait du champ d'application des procédures de recours le choix par l'entité adjudicatrice de la procédure d'évaluation.

(*Note à l'intention du Groupe de travail*)

i) Il est énoncé au paragraphe 1 de l'article 39 *bis* que l'entité adjudicatrice ne peut appliquer que les critères énoncés à l'article 38-3. On a supposé que les critères propres aux marchés de services, notamment l'expérience et les qualifications du fournisseur et du personnel proposé pour la fourniture des services, entrent dans le cadre de l'article 38-3 *a*, qui fait référence à la compétence du fournisseur en matière de technique et de gestion. Le Groupe de travail voudra peut-être toutefois étudier s'il serait nécessaire d'élargir les critères énoncés à l'article 38-3, afin de tenir compte des conditions propres aux marchés de services;

ii) Dans les procédures d'évaluation, on n'a pas prévu l'application de marges de préférence pour les fournisseurs ou entrepreneurs locaux dans le cadre des marchés de services. On a supposé que, si l'entité adjudicatrice souhaite appliquer de telles marges de préférence, elle pourra le spécifier dans la sollicitation de propositions. Toutefois, une interprétation étroite des critères énoncés à l'article 38-3 et de leur mode d'application décrit à l'article 39 *bis* pourrait ne pas conduire à cette conclusion. Le Groupe de travail voudra donc peut-être étudier s'il faudrait prévoir expressément l'application de marges de préférence pour l'évaluation de propositions dans le cas des marchés de services;

iii) Le Groupe de travail voudra aussi peut-être étudier si, étant donné que l'article 39 *bis* établit une procédure d'évaluation en deux étapes (examen et évaluation préalables des aspects techniques de l'offre avant l'examen du prix) et que le paragraphe 4 de l'article 39 *bis* prévoit des négociations à des fins d'évaluation dans le cadre de marchés et de services passés selon la méthode de la sollicitation de propositions, il serait nécessaire de conserver l'appel d'offres en deux étapes ou la négociation avec appel à la concurrence comme méthodes utilisables pour la passation de marchés de services.

C. Rapport du Groupe de travail du nouvel ordre économique international sur les travaux de sa dix-septième session (New York, 14-25 mars 1994)

(A/CN.9/392) [Original : anglais]

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes
INTRODUCTION	1-9
I. DÉLIBÉRATIONS ET DÉCISIONS	10
II. EXAMEN DU PROJET D'AMENDEMENTS A LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA PASSATION DES MARCHÉS DE BIENS ET DE TRAVAUX	11-114

		Paragraphes
Observations générales		11-15
Titre		16-18
Préambule		19
CHAPITRE PREMIER.	DISPOSITIONS GÉNÉRALES	20-50
Article 1er.	Champ d'application	20-21
Article 2.	Définitions	22-30
Articles 3 à 5		31
Article 6.	Qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs	32-37
Article 7.	Procédure de présélection	38-40
Article 8.	Participation des fournisseurs ou entrepreneurs	41
Article 9.	Forme des communications	42
Article 10.	Règles régissant les pièces fournies par les entrepreneurs ou fournisseurs	43
Article 11.	Procès-verbal de la procédure de passation du marché	44-45
Article 11 *bis*.	Rejet de toutes les offres, propositions ou prix	46
Article 11 *ter*.	Entrée en vigueur du marché	47
Articles 12 et 13		48
Article 14.	Règles concernant la description des biens ou des travaux	49
Article 15.	Langue à utiliser	50
CHAPITRE II.	MÉTHODES DE PASSATION DES MARCHÉS ET CONDITIONS D'UTILISATION DE CES MÉTHODES	51-103
Article 16.	Méthodes de passation des marchés	51-55
Article [39] *bis*.	[Sollicitation de propositions relatives à des services] [Procédures spéciales pour la sollicitation de propositions relatives à des services] [Procédure spéciale relative aux marchés de services]	56-84
Article 16.	Méthodes de passation des marchés	85-95
Article 17.	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	96-98
Article 18.	Conditions d'utilisation de l'appel d'offres restreint	99
Article 19.	Conditions d'utilisation de la procédure de sollicitation de prix	100
Article 20.	Conditions d'utilisation de la procédure de sollicitation d'une source unique	101-103
CHAPITRE III.	PROCÉDURE D'APPEL D'OFFRES	104-106
Articles 21 à 24		104
Article 25.	Teneur du dossier de sollicitation	105
Articles 26 à 35		106
CHAPITRE IV.	PASSATION DES MARCHÉS PAR D'AUTRES MÉTHODES QUE LA PROCÉDURE D'APPEL D'OFFRES	107-111
Article 36.	Appel d'offres en deux étapes	107-108
Article 37.	Appel d'offres restreint	109
Article 38.	Sollicitation de propositions	110
Articles 39 à 41		111
CHAPITRE V.	RECOURS	112-114
Article 42.	Droit de recours	112-113
Articles 43 à 47		114
III.	RAPPORT DU GROUPE DE RÉDACTION	115-130
IV.	TRAVAUX FUTURS	131-132
		Page
Annexe.	[Projet de loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services]	76

INTRODUCTION

1. A sa dix-neuvième session, en 1986, la Commission a décidé que priorité serait donnée aux travaux sur la passation des marchés et a confié cette tâche au Groupe de travail du nouvel ordre économique international. A sa dixième session, tenue du 17 au 25 octobre 1988, le Groupe de travail a entamé ses travaux sur ce sujet par l'examen d'une étude de la passation des marchés établie par le Secrétariat (A/CN.9/WG.V/WP.22). De sa onzième à sa quinzième session, il a élaboré la Loi type sur la passation des marchés de biens et de travaux (les rapports de ces sessions sont publiés sous les cotes A/CN.9/331, 343, 356, 359 et 371). Le Groupe de travail a jugé qu'il serait préférable de mettre d'abord au point les dispositions relatives aux marchés de biens et de travaux avant d'élaborer les dispositions applicables aux marchés de services (A/CN.9/315, par. 25). Cette décision était notamment motivée par le fait que certains aspects des marchés de services faisaient intervenir des considérations différentes de celles qui présidaient aux marchés de biens et de travaux. La Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux a été adoptée par la Commission à sa vingt-sixième session (Vienne, 5-23 juillet 1993).

2. A cette vingt-sixième session, sur la base d'une note relative aux travaux futurs possibles concernant la passation des marchés de services établie par le Secrétariat (A/CN.9/378/Add.1), la Commission a convenu d'entreprendre des travaux dans ce domaine et a chargé le Groupe de travail d'élaborer des projets de dispositions législatives types sur la passation des marchés de services. La Commission a convenu que le Groupe de travail devrait achever ses travaux sur les projets de dispositions types suffisamment à temps pour qu'elle puisse les examiner à sa vingt-septième session.

3. A sa seizième session, tenue à Vienne du 6 au 17 décembre 1993, le Groupe de travail a examiné la Loi type afin de déterminer les modifications qui pourraient y être apportées pour l'étendre à la passation des marchés de services. Le Secrétariat a été prié d'établir une version révisée de la Loi type qui rende compte des débats qui avaient eu lieu à cette session et des décisions qui y avaient été prises.

4. Le Groupe de travail, qui se compose de tous les États membres de la Commission, a tenu sa dix-septième session à New York, du 14 au 25 mars 1994. Ont participé à la session les représentants des États membres du Groupe de travail ci-après : Allemagne, Arabie saoudite, Argentine, Bulgarie, Canada, Chine, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Iran (République islamique d'), Japon, Maroc, Nigéria, Ouganda, Pologne, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Slovaquie, Thaïlande et Togo.

5. Les observateurs des États suivants ont également participé à la session : Chypre, Colombie, Mongolie, Myanmar, Panama, République de Corée, Saint-Siège et Suisse.

6. Ont aussi participé à la session les observateurs des organisations internationales ci-après : Banque mondiale, Comité consultatif juridique afro-asiatique, Banque interaméricaine de développement et Association internationale du barreau.

7. Le Groupe de travail a élu le bureau suivant :

Président : M. David Moran Bivio (Espagne)

Rapporteur : M. Abbas Safarian (République islamique d'Iran)

8. Le Groupe de travail était saisi des documents ci-après :

a) Ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.V/WP.39);

b) Projet d'amendements à apporter à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux pour y incorporer les marchés de services (A/CN.9/WG.V/WP.40);

c) Rapport du Groupe de travail du nouvel ordre économique international sur les travaux de sa seizième session (A/CN.9/389);

d) Marchés de services : note du Secrétariat (A/CN.9/378/Add.1);

e) Passation des marchés : projets de dispositions législatives types sur la passation des marchés de services : note du Secrétariat (A/CN.9/WG.V/WP.38);

f) Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux[1];

g) Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux (A/CN.9/393).

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

1. Élection du bureau.
2. Adoption de l'ordre du jour.
3. Dispositions législatives types sur la passation des marchés de services.
4. Questions diverses.
5. Adoption du rapport.

I. DÉLIBÉRATIONS ET DÉCISIONS

10. Le Groupe de travail a examiné le projet d'amendements à apporter à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux pour y incorporer les marchés de services figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.40. A l'issue de ses délibérations, le Groupe de travail a prié le groupe de rédaction d'établir un projet de version révisée de la Loi type qui tienne compte desdites délibérations et des décisions qui avaient été prises. Les délibérations et décisions du Groupe de travail sont consignées au chapitre II du présent rapport. Le rapport du groupe de rédaction, qui contient le texte du projet de Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services approuvé par le Groupe de travail, figure en annexe au présent rapport.

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-huitième session, Supplément n° 17* (A/48/17), annexe I.

II. EXAMEN DU PROJET D'AMENDEMENTS A LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA PASSATION DES MARCHÉS DE BIENS ET DE TRAVAUX

Observations générales

11. Le Groupe de travail a commencé par examiner de manière approfondie la question de la forme que devraient revêtir les dispositions législatives types sur la passation des marchés de services, cette question ayant été examinée mais pas tranchée définitivement à la seizième session (A/CN.9/389, par. 11). A cet égard, selon une opinion, la meilleure façon pour le Groupe de travail de remplir son mandat, compte tenu en particulier du fait que certains États pourraient souhaiter une loi type autonome traitant des marchés de services[2], consisterait à élaborer une loi type entièrement autonome consacrée exclusivement aux marchés de services. Il a été dit qu'une telle approche présenterait l'avantage de souligner la spécificité et la plus grande complexité d'une grande partie des marchés de services. Il a également été avancé que cette solution aurait l'avantage de ne pas compromettre l'impact et la clarté de la Loi type existante relative aux biens et aux travaux. A l'appui d'un traitement complètement autonome, il a été dit également que cela éviterait l'impression de complexité que pourrait susciter une tentative d'insérer dans la Loi type existante des dispositions concernant les services.

12. Sans méconnaître les préoccupations sous-jacentes à la proposition susvisée de prévoir un traitement autonome, le Groupe de travail a conclu, comme il l'avait fait à sa seizième session, que l'approche unifiée adoptée dans le projet dont il était saisi était préférable pour un certain nombre de raisons. Outre le fait que le traitement autonome proposé pourrait ne pas se révéler souhaitable ou faisable eu égard au peu de temps disponible, d'autres motifs ont été avancés à l'appui de cette décision. Il a été dit notamment que, sur le plan national, il était d'usage dans de nombreux États, sinon dans la plupart d'entre eux, de traiter des marchés de biens, de travaux et de services dans un texte législatif unifié et que cette pratique continuerait vraisemblablement d'avoir cours, ce dont la Loi type devait tenir compte. Selon une opinion, en procédant autrement, on ne donnerait pas des orientations suffisantes aux États adoptant la Loi type et on risquait d'ouvrir la voie à des dérogations, qui n'étaient peut-être pas nécessaires et qui pourraient être dangereuses, aux principes consacrés par la Loi type. La décision du Groupe de travail d'opter pour une approche unifiée se fondait également sur la constatation que la plupart des dispositions de la Loi type étaient quant au fond également applicables aux marchés de services et que, de ce fait, les dispositions d'une loi type distincte pour les services feraient en grande partie double emploi avec la Loi type.

13. Au cas où certains États adoptant la Loi type souhaiteraient que les marchés de biens et de travaux et les marchés de services fassent l'objet de textes distincts, il a été entendu que le texte révisé en voie d'élaboration ne toucherait pas au texte de la Loi type adopté par la Commission et recommandé par l'Assemblée générale, et dont le champ d'application était limité aux marchés de biens et de travaux.

[2] *Ibid.*, par. 262.

14. Tout en ayant marqué sa préférence pour des dispositions législatives types unifiées traitant des biens, des travaux et des services, le Groupe de travail a estimé qu'eu égard aux objections que cette approche avait suscitées la Loi type devrait réserver aux marchés de services un traitement davantage distinct que celui qui lui était réservé dans le projet de texte dont le Groupe de travail était saisi et qui rendait compte de l'approche convenue à la seizième session. Il a été convenu que la meilleure façon de bien marquer la place à part qu'occupaient les services consisterait à inclure dans la Loi type un chapitre distinct consacré aux marchés de services, comme cela avait été proposé antérieurement (voir la proposition en ce sens contenue dans le document A/CN.9/378 et la discussion à la seizième session consignée dans le document A/CN.9/389, par. 11).

15. Le Groupe de travail a relevé que la décision qu'il avait prise quant à la teneur du chapitre distinct et aux dispositions qui seraient applicables aussi bien aux marchés de biens et de travaux qu'aux marchés de services devrait être prise en considération dans le cadre de l'examen article par article du projet d'amendements à la Loi type qu'il était sur le point d'entreprendre. Toutefois, on a convenu généralement que le chapitre distinct devrait à tout le moins contenir la procédure spéciale, telle qu'elle est énoncée à l'article 39 *bis*, concernant la sollicitation de propositions relatives à des services. On a fait observer qu'il conviendrait peut-être de diviser la disposition actuelle, qui était assez touffue, en plusieurs articles plus courts. Comme cela avait été décidé à la seizième session (A/CN.9/389, par. 37 à 44), la procédure décrite à l'article 39 *bis* continuerait d'être la méthode préférée pour la passation des marchés de services, sauf dans les cas rentrant dans le cadre des conditions d'utilisation de l'appel d'offres pour les services ou de la passation des marchés par d'autres méthodes. Toutefois, à ce stade de la discussion, il n'est pas apparu clairement si cet aspect devait être traité dans les articles 16 et 17 du chapitre II ou dans le chapitre distinct consacré aux services.

Titre

16. Le Groupe de travail a examiné, en outre, si le texte devait s'intituler tout simplement "Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés" ou s'il valait mieux employer un libellé plus explicite, comme "Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services". On a objecté que le titre court, où il n'était question que de la "passation des marchés", n'était pas clair et qu'il était de nature à susciter l'incertitude, car la Commission avait déjà adopté une loi type ayant trait à la passation des marchés, fût-ce à la passation des marchés de biens et de travaux, et non de services. On s'est inquiété en particulier de ce qu'un titre général pourrait renforcer l'impression que la Loi type s'appliquait à des choses pour lesquelles elle n'avait pas été conçue, impression que l'on pouvait déjà ressentir à la lecture de la définition très ouverte des "services" donnée à l'article 2 *d bis*. A l'opposé, on a fait valoir qu'un titre simple refléterait fidèlement le champ d'application de la Loi type.

17. On a suggéré également, afin d'éviter toute confusion avec la Loi type sur la passation des marchés de biens et de travaux déjà adoptée, de retenir comme intitulé "Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de tra-

vaux et de services", de façon qu'il fasse apparaître toute la portée de la loi type révisée. Une suggestion tendant à différencier la loi type initiale de la loi type révisée en indiquant l'année d'adoption a été rejetée au motif que, dans certaines juridictions, on ne mentionnait l'année d'adoption d'une loi que si celle-ci remplaçait une loi antérieure sur un même sujet.

18. Ayant noté que des questions de terminologie analogues se poseraient à propos d'autres passages de la Loi type, à commencer par le préambule, le Groupe de travail a décidé de ne pas se prononcer pour le moment sur le titre. Il a pris note également de l'observation relative à la nécessité d'insérer dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type une explication concernant la manière dont la Loi type avait été rédigée, ainsi que son champ d'application.

Préambule

19. Compte tenu d'autres objections semblables à celles formulées lors de l'examen du titre, le Groupe de travail s'est dit favorable à l'emploi, tant dans le chapeau que dans l'alinéa *c*, de l'expression "passation des marchés de biens, de travaux et de services" plutôt qu'à la mention abrégée de la seule "passation des marchés".

Chapitre premier. Dispositions générales

Article premier. Champ d'application

20. On a souligné qu'il devrait y avoir dans le Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type une explication très claire de la raison pour laquelle le Groupe de travail avait décidé qu'il ne serait pas faisable d'indiquer les catégories de passation des marchés qui n'entreraient pas dans le champ de la Loi type et qu'il convenait de laisser aux États le soin de le faire dans leurs propres lois ou règlements en la matière. On a déclaré que la principale raison de cette décision était que les États avaient des opinions fortement divergentes quant aux types d'acquisition auxquels les règles de passation des marchés publics n'étaient pas applicables.

21. Il a été proposé de supprimer le mot "tous" au paragraphe 1. A l'appui de cette proposition, on a expliqué que ce mot pouvait prêter à confusion, puisque l'intention n'était pas de soumettre toutes les passations de marché sans exception à la Loi type. Cette proposition a été soumise au groupe de rédaction.

Article 2. Définitions

Alinéa a *("passation d'un marché")*

22. On a jugé que les mots "à titre onéreux" ne rendaient pas comme il convenait la réserve qu'ils étaient censés exprimer et qu'il serait peut-être préférable de retenir les mots "moyennant contrepartie". Il a cependant été souligné que limiter la définition de la passation des marchés aux seuls cas dans lesquels intervenait un paiement n'était pas approprié; on a estimé au contraire que la nature même de la passation de marché devrait être le critère sur lequel il faudrait se fonder pour l'exclure ou non de la Loi type. Le Groupe de travail a donc décidé de définir la passation d'un marché comme "l'acquisition par un moyen quelconque de biens, de travaux ou de services".

Alinéa b *("entité adjudicatrice")*

23. Aucune modification n'a été proposée en ce qui concerne l'alinéa *b*.

Alinéa c *("biens")*

24. On a fait observer que dans la version anglaise de la définition des "biens", le mot "*including*" apparaissait deux fois et que le groupe de rédaction devrait envisager de supprimer cette répétition. On a estimé qu'une façon de résoudre ce problème pourrait être de recourir à une formule telle que "*and includes*".

Alinéa d *("travaux")*

25. Il a été souligné que la mention des services connexes dans la passation d'un marché de travaux devrait être harmonisée avec celle des services connexes dans la passation d'un marché de biens. Cela permettrait de préciser que, pour que le marché soit toujours considéré comme portant sur des travaux, la valeur des services connexes ne devrait pas dépasser celle des travaux eux-mêmes.

Alinéa d bis *("services")*

26. Un certain nombre de préoccupations ont été exprimées à propos de la définition des services figurant à l'alinéa *d bis*. L'une d'elles tenait au caractère très large de cette définition, dont le champ était probablement plus vaste qu'on ne l'avait souhaité. A cet égard, on a cité l'acquisition de biens immobiliers, l'achat de droits de propriété intellectuelle et les contrats d'embauche publique. On a proposé pour y remédier d'exclure expressément l'acquisition de biens immobiliers et les contrats publics de la Loi type, soit à l'article premier, soit dans la définition des services. Rejetant cette proposition, d'aucuns ont souligné que le Groupe de travail avait déjà décidé qu'à l'exception des passations des marchés intéressant la défense ou la sécurité nationale, aucune exclusion spécifique ne serait prévue dans la Loi type et qu'aucune autre exclusion ne pouvait être incorporée par l'État adoptant la Loi type à l'article premier.

27. On s'est aussi opposé à l'utilisation du mot "produit" dans la définition des services, car on le considérait comme trop axé sur les biens corporels. De même, les mots "tout ce qui" n'ont généralement pas été considérés comme acceptables pour des raisons analogues.

28. Diverses propositions ont été faites quant à la façon de traiter les problèmes soulevés. L'une d'elles consistait à joindre à la Loi type une annexe énumérant les services auxquels celle-ci s'appliquerait, ou, au contraire, ceux auxquels elle ne s'appliquerait pas. Cette proposition n'a pas été appuyée, car on l'a trouvée trop compliquée et difficile à appliquer. On a aussi déclaré que le Groupe de travail avait déjà décidé de ne mentionner aucun type particulier de services dans la Loi type. De même, une proposition tendant à supprimer cette définition n'a pas été appuyée, car l'on craignait qu'elle ne laisse subsister un vide rendant incertain le champ d'application de la Loi type. L'une des propositions qui a reçu quelque agrément consistait à donner une définition de

la "passation des marchés de services" plutôt que des "services" eux-mêmes. On a proposé de libeller comme suit une telle définition : "la passation des marchés de services désigne toute opération autre que la passation des marchés de biens ou de travaux". Toutefois, cette proposition n'a pas non plus été généralement considérée comme acceptable, car il pouvait en résulter une anomalie de rédaction du fait qu'il existait déjà une définition de la "passation des marchés". On a suggéré qu'une manière de répondre à cette préoccupation pouvait être d'inclure à l'article 2 un paragraphe distinct dans lequel il serait déclaré qu'aux fins de la Loi type la passation des marchés de services s'entendait de toute opération autre qu'une passation de marché de biens ou de travaux. Cette proposition n'a pas recueilli un appui suffisant.

29. Une autre approche proposée consistait à fournir des exemples de ce qui pouvait être considéré comme des services et de laisser à l'État adoptant la Loi type toute latitude d'en mentionner des catégories supplémentaires s'il le souhaitait. Cette approche a toutefois suscité des objections, car elle impliquait de mentionner des services spécifiques, ce que le Groupe de travail avait décidé d'éviter. Une autre proposition encore consistait à prévoir que l'État adoptant la Loi type stipulerait dans son droit interne les catégories de services auxquelles sa législation s'appliquerait. Cette proposition n'a pas non plus été suffisamment appuyée, car elle n'offrait pas de véritable définition et pouvait avoir comme effet indésirable de donner à l'État adoptant la Loi type la possibilité d'en limiter davantage le champ d'application.

30. On a fait observer que le Groupe de travail devrait viser à offrir une définition simple aux termes de laquelle toute passation de marché ne portant pas sur des biens ou des travaux serait une passation de marché de services. Il a donc été proposé de libeller comme suit une telle définition : "le mot "services" désigne tout objet de la passation d'un marché autre que des biens ou des travaux". On pouvait en même temps éclaircir la définition du mot "biens" en précisant qu'il désignait des objets matériels. On a toutefois souligné qu'il n'était peut-être pas approprié d'utiliser l'expression "objet matériel" dans la définition du mot "biens", car elle pouvait prêter à confusion lorsqu'il s'agissait de savoir si certains biens, par exemple l'électricité, étaient des objets matériels. Hormis cette préoccupation, cette dernière proposition a généralement été jugée acceptable et elle a été soumise au groupe de rédaction.

Articles 3 à 5

31. Aucune observation n'a été formulée au sujet des articles 3, 4 et 5, intitulés respectivement : "Obligations internationales du présent État touchant la passation des marchés [et accords gouvernementaux au sein (du présent État)], Réglementation des marchés, et Accès aux textes juridiques relatifs aux marchés".

Article 6. Qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs

Paragraphe 1

32. Le Groupe de travail a échangé des vues à propos des mots "les qualifications professionnelles, les compétences professionnelles et techniques (...) nécessaires". Selon une opinion, il était possible d'abréger l'expression, par souci d'économie rédactionnelle, en supprimant les adjectifs "professionnelles" et "techniques". Toutefois, le Groupe de travail s'en est tenu à la décision qu'il avait prise à la seizième session d'insérer un libellé conçu dans le sens susvisé (A/CN.9/389, par. 84 et 85). Il a été convenu, en outre, de modifier partiellement l'expression en substituant aux mots "qualifications professionnelles" les mots "qualifications professionnelles et techniques".

33. Le Groupe de travail a noté une observation selon laquelle le Guide pour l'incorporation de la Loi type pourrait utilement expliquer que l'expression "possèdent ... le personnel" ne visait pas la façon dont les fournisseurs ou entrepreneurs devaient engager du personnel, car, en particulier, elle n'était pas censée signifier qu'il n'était pas loisible à ceux-ci d'engager du personnel spécialisé, suite à l'octroi d'un marché, pour exécuter ce dernier.

Paragraphes 2 à 4

34. Les paragraphes 2, 3 et 4 n'ont donné lieu à aucune observation.

Paragraphe 5

35. Selon une opinion, il fallait renforcer la disposition finale du paragraphe interdisant toute discrimination qui n'était pas objectivement justifiable, de manière à lever les obstacles à la participation de fournisseurs de services aux procédures de passation des marchés. Comme exemple concret, l'on a cité le cas des conditions d'"établissement" obligeant les fournisseurs ou entrepreneurs d'établir une entité d'affaires ou de posséder des avoirs dans l'État de l'entité adjudicatrice. On a objecté que l'expression "qui n'est pas objectivement justifiable", si elle n'était pas critiquable comme telle, risquait de ne pas être comprise par tout le monde comme ayant trait à des obstacles que pourraient rencontrer les fournisseurs de services. On a ainsi posé la question de savoir si le simple fait qu'un obstacle à la participation comme la condition dite d'"établissement" était consacré par la loi suffisait à rendre la condition "objectivement justifiable".

36. Selon l'opinion qui a prévalu, la Loi type ne devait pas expliciter cette question davantage que ne le faisait le libellé actuel, sous peine d'excéder son propre champ d'application. A l'appui de cette opinion, on a fait valoir que des considérations importantes tenant à l'intérêt général et à sa préservation pouvaient sous-tendre les conditions imposées aux fournisseurs de services, comme, par exemple, l'obligation faite aux compagnies d'assurances ou aux sociétés financières de posséder un montant déterminé d'avoirs sur le territoire de l'État adoptant la Loi type.

37. En ce qui concerne toujours le libellé du paragraphe 5, on a proposé de supprimer dans la version anglaise les mots "*with respect to the requirements*" considérés comme superflus. Cette suggestion a été renvoyée au groupe de rédaction.

Article 7. Procédure de présélection

Paragraphes 1 et 2

38. Les paragraphes 1 et 2 n'ont donné lieu à aucune observation.

Paragraphe 3

39. Le Groupe de travail a noté que le paragraphe 3 avait été modifié suite à la décision prise à la seizième session d'en revoir le libellé, compte tenu du fait que les dispositions relatives à la procédure de présélection étaient supposées être d'application générale, quelle que soit la méthode de passation du marché (A/CN.9/389, par. 90). On a fait observer que la version modifiée mentionnait, en plus de la procédure d'appel d'offres, la procédure de sollicitation de propositions et la procédure spéciale de sollicitation de propositions de services visée à l'article 39 *bis*, mais ne mentionnait pas la négociation avec appel à la concurrence. Des questions ont été posées concernant le point de savoir si les dispositions du paragraphe 3 pouvaient être considérées comme applicables généralement à la passation des marchés par d'autres méthodes que la procédure d'appel d'offres, eu égard notamment au fait que certains des renseignements devant figurer dans la documentation de présélection prévue dans le cadre de la procédure d'appel d'offres ne seraient pas nécessairement pertinents ou disponibles dans le cadre de ces autres méthodes de passation des marchés, en particulier la négociation avec appel à la concurrence. Pour tenir compte de ces considérations, il a été proposé de maintenir la possibilité de recourir à la procédure de présélection pour la passation des marchés par d'autres méthodes que la procédure d'appel d'offres, mais d'exclure l'application obligatoire du paragraphe 3 à la présélection opérée dans le cadre de ces autres méthodes. Le Groupe de travail a chargé un groupe restreint d'examiner cette proposition et a sursis à statuer sur le paragraphe 3. (Le paragraphe 3 de l'article 7 figurant dans l'annexe reflète la décision arrêtée par le Groupe de travail sur ce dernier point.)

40. Du point de vue de la rédaction, on a fait observer que la référence faite dans le deuxième sous-alinéa de l'alinéa *a* du paragraphe 3 à l'article 38-4 *a* visait en réalité l'article 38-4 dans son ensemble. Il a été proposé également de remplacer dans la version anglaise de ce même sous-alinéa les mots "*request for proposals*" par les mots "*request-for-proposals proceedings*".

Article 8. Participation des fournisseurs ou entrepreneurs

41. L'article 8 n'a fait l'objet d'aucune observation.

Article 9. Forme des communications

42. Il a été noté que la référence faite dans le paragraphe 2 à l'article 33-3 visait en réalité l'article 11 *bis*-3 et devait être modifiée en conséquence. Il a été noté également qu'il faudrait peut-être inclure une référence à certaines communications conformément à l'article 39 *bis* en fonction du résultat des délibérations concernant cet article.

Article 10. Règles régissant les pièces fournies par les entrepreneurs ou fournisseurs

43. L'article 10 n'a donné lieu à aucune observation.

Article 11. Procès-verbal de la procédure de passation du marché

44. Il a été avancé que le libellé actuel ne tenait pas compte du fait qu'on s'était inquiété précédemment de voir le paragraphe 1 *d* accorder indûment une prééminence au prix de l'offre (A/CN.9/389, par. 33). Par exemple, dans le cas de la sollicitation de propositions ou de la négociation avec appel à la concurrence, certains fournisseurs ou entrepreneurs ne seraient pas en mesure de présenter une meilleure offre définitive comportant un prix. Il a été répondu à cela que l'article 11 étant essentiellement conçu aux fins de la tenue d'un procès-verbal, l'obligation de mentionner un prix ne s'appliquait pas lorsqu'une offre ou une proposition ne comportaient pas de prix. Il a été proposé que le groupe de rédaction envisage d'ajouter après les mots "Le prix" le membre de phrase ", s'il est connu, ". Il a été convenu également que le Groupe de travail remplacerait l'expression "la formule de détermination du prix" par un libellé rendant mieux compte des cas dans lesquels l'offre ou la proposition comportaient non pas un prix, mais un dispositif permettant de calculer le prix.

45. Il a été noté que, dans la version anglaise, le renvoi dans le paragraphe 1 *e* à l'article 39 *bis*-5 *e* devrait être remplacé par un renvoi à l'article 39 *bis*-4 *c* [ce dernier renvoi devant être inséré dans la version française où il a été omis]; par ailleurs, le renvoi dans le paragraphe 1 aux articles 33 et 33-1 devrait être remplacé par un renvoi respectivement à l'article 11 *bis* et à l'article 11 *bis*-1.

Article 11 bis. *Rejet de toutes les offres, propositions ou prix*

46. L'article 11 *bis* n'a donné lieu à aucune observation.

Article 11 ter. *Entrée en vigueur du marché*

47. Selon une proposition, il convenait de supprimer le paragraphe 2, lequel disposait que l'entité adjudicatrice ferait connaître le mode d'entrée en vigueur du marché dans les documents pour la sollicitation de propositions, d'offres ou de prix. Il a été indiqué que cette proposition entraînerait en réalité la suppression de tout l'article 11 *ter*, le paragraphe 1 se bornant à renvoyer à l'article 35. A l'appui de la proposition, il a été dit que, l'entrée en vigueur des marchés passés par d'autres méthodes que la procédure d'appel d'offres devant être régie par la législation nationale, il ne fallait pas surcharger l'entité adjudicatrice en lui imposant l'obligation de notifier les dispositions pertinentes de cette législation. Il a été avancé également que les entités adjudicatrices risquaient de se conformer à une telle exigence en se contentant d'un renvoi général à la législation nationale, ce qui ne serait pas d'une grande utilité pour les fournisseurs ou entrepreneurs. A l'appui de la disposition, on a rappelé que les délibérations antérieures du Groupe de travail faisaient apparaître la volonté d'essayer de dégager des règles d'entrée en vigueur applicables à toutes les méthodes de passation des marchés (A/CN.9/389, par. 142). On a fait observer que, par souci de transparence, surtout si on se plaçait du point de vue des fournisseurs ou entrepreneurs étrangers, il fallait faire connaître le mode d'entrée en vigueur du marché et qu'une telle notification n'aboutirait pas nécessairement à surcharger indûment l'entité adjudicatrice. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de ne se prononcer sur l'article 11 *ter* qu'après avoir examiné l'article 39 *bis*. (Pour la discussion ultérieure de l'article 11 *ter*, voir par. 118.)

Articles 12 et 13

48. Aucune observation n'a été faite au sujet des articles 12 et 13, intitulés respectivement : Publication de l'avis d'attribution du marché, et Incitations proposées par des fournisseurs ou entrepreneurs.

Article 14. Règles concernant la description des biens ou des travaux

49. Il a été noté qu'il faudrait compléter ce titre par la mention des services.

Article 15. Langue à utiliser

50. Il a été noté qu'à l'alinéa *b*, il faudrait substituer aux mots "des biens ou des travaux" les mots "des biens, des travaux ou des services".

Chapitre II. Méthodes de passation des marchés et condition d'utilisation de ces méthodes

Article 16. Méthodes de passation des marchés

51. On a fait valoir que le Groupe de travail ayant décidé antérieurement d'ajouter un chapitre consacré exclusivement aux services, il serait peut-être nécessaire de réaménager en particulier le chapitre II et de se prononcer sur ce point avant d'examiner l'article 16. Plusieurs propositions ont été faites dans ce sens.

52. Selon une proposition, le chapitre II ne devrait traiter que des biens et des travaux, cependant que le chapitre spécial consacré aux services traiterait de tous les aspects de la passation des marchés de services à la lumière des modifications proposées à la seizième session. Il a été proposé une variante de cette proposition, qui consisterait à reprendre dans le chapitre sur les services toutes les dispositions, dûment adaptées, relatives aux conditions d'utilisation des méthodes de passation des marchés applicables actuellement aux biens et aux travaux. On a cependant objecté qu'il s'agirait là d'une répétition inutile, les procédures étant pour l'essentiel identiques.

53. Selon une autre proposition, il y aurait un chapitre traitant des conditions d'utilisation des méthodes de passation des marchés applicables aux biens, travaux et services, qui serait suivi d'un chapitre traitant de ces méthodes de passation des marchés communes aux biens, travaux et services, et d'un autre chapitre traitant des méthodes applicables uniquement aux services, c'est-à-dire essentiellement les méthodes dont la description figurait actuellement à l'article 39 *bis*.

54. A l'appui d'une autre approche encore, on a dit que, pour atteindre à la simplicité souhaitable, il ne fallait pas prévoir pour les services la négociation avec appel à la concurrence ou la sollicitation de propositions, les éléments essentiels de ces deux méthodes figurant déjà à l'article 39 *bis*. Il a été objecté à cela qu'il y avait des différences substantielles entre ces méthodes et les procédures décrites à l'article 39 *bis*. C'est ainsi que la sollicitation de propositions et la négociation avec appel à la concurrence visaient des cas dans lesquels l'entité adjudicatrice ne connaissait pas la nature de la solution technique permettant de répondre aux besoins faisant l'objet du marché, alors que l'article 39 *bis* visait les cas dans lesquels l'entité adjudicatrice attachait une importance particulière aux qualifications et aptitudes du fournisseur de services. A l'encontre d'une proposition visant à préciser que toutes les méthodes de passation des marchés applicables aux biens et travaux s'appliquaient *mutatis mutandis* aux services, on a fait valoir que cela risquait d'être une source d'incertitude et de controverses.

55. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de ne pas poursuivre au stade actuel l'examen de la forme et de la teneur du chapitre II et d'engager une discussion portant sur le contenu du chapitre distinct consacré aux services, en l'occurrence l'article 39 *bis*. (La reprise du débat consacré à l'article 16 fait l'objet des paragraphes 85 à 95.)

Article [39] bis. *[Sollicitation de propositions relatives à des services] [procédures spéciales pour la sollicitation de propositions relatives à des services] [procédure spéciale relative aux marchés de services]*

56. On a dit qu'il fallait éviter que l'intitulé de l'article prête à confusion avec l'article 38 traitant de la sollicitation de propositions relatives à des biens et à des travaux. Il a été convenu également de demander au groupe de rédaction de diviser l'article en plusieurs articles distincts, qui devraient être regroupés dans une même section, ce réaménagement étant lié à la question des titres. Toutefois, le Groupe de travail ne s'est pas prononcé sur le point de savoir s'il fallait utiliser l'expression "sollicitation de propositions relatives à des services" ou un autre libellé.

Paragraphes 1, 2 et 3

57. Selon une proposition, il fallait exiger, en s'inspirant des dispositions analogues régissant la sollicitation d'offres, que le marché de services envisagé fasse l'objet d'un avis publié avant que ne soit adressée la sollicitation de propositions. C'est ainsi qu'il fallait prévoir notamment : la publication d'un tel avis "[15] jours" avant que ne soit adressée la sollicitation de propositions; les conditions relatives au contenu de l'avis; la publication de l'avis dans un organe de diffusion internationale; la communication du dossier de la sollicitation de propositions ou de la documentation de présélection, et, le cas échéant, le prix à acquitter; la possibilité d'envoyer directement le dossier de sollicitation de propositions ou la documentation de présélection aux fournisseurs ou entrepreneurs dont l'entité adjudicatrice estimait qu'ils pouvaient être intéressés à ce marché, en recourant éventuellement à des listes d'adresses.

58. Le Groupe de travail a convenu qu'il fallait prévoir une disposition relative à la publication d'un tel avis. Toutefois, selon l'opinion qui a prévalu, une telle disposition ne devrait pas introduire des éléments nouveaux ne figurant pas dans la sollicitation d'offres et elle devrait être calquée le plus étroitement possible sur les dispositions analogues concernant la procédure d'appel d'offres figurant dans la Loi type. On s'est demandé s'il était bien nécessaire, en particulier, de prévoir un délai pour la publication de l'avis et d'exiger de l'entité adjudicatrice qu'elle indique dans l'avis son numéro de téléphone et fasse mention de la sollicitation directe, surtout en cas de recours à des listes d'adresses. Après un dé-

bat, le Groupe de travail a décidé d'omettre ces éléments de la proposition et a renvoyé celle-ci au groupe de rédaction.

59. Le Groupe de travail a accepté et renvoyé au groupe de rédaction une proposition tendant à faire dans le paragraphe 2 un renvoi à l'article 8, en expliquant qu'il s'agissait d'un autre cas dans lequel l'entité adjudicatrice pouvait limiter aux fournisseurs ou entrepreneurs nationaux l'envoi d'une invitation à soumettre des propositions. Il a été noté qu'une disposition analogue, applicable à l'appel d'offres, figurait à l'article 21 *a*.

60. On a fait observer qu'au paragraphe 3 les mots "peut ne pas tenir compte" étaient par trop stricts et qu'il serait préférable d'utiliser une expression comme "peut ne pas appliquer". Cette observation a été acceptée et renvoyée au groupe de rédaction.

61. Selon un avis concernant également le paragraphe 3, il n'était pas nécessaire d'énumérer d'une manière tellement détaillée tous les cas dans lesquels l'entité adjudicatrice pourrait ne pas tenir compte des paragraphes 1 et 2. Une disposition invoquant "des raisons d'économie et d'efficacité" ferait l'affaire. Selon un avis en sens opposé, le Groupe de travail et la Commission avaient limité l'emploi de cette expression dans d'autres dispositions et, compte tenu de l'ambiguïté qu'elle recelait, celle-ci n'était donc pas appropriée en l'espèce.

Paragraphe 4

62. Des opinions divergentes ont été émises quant à la manière dont le paragraphe 4 précisait le contenu du dossier de sollicitation de propositions, en particulier par comparaison avec la disposition analogue régissant de manière beaucoup plus exhaustive la procédure d'appel d'offres (art. 25). Selon un avis, l'article 39 *bis* représentant la méthode prédominante de passation des marchés de services, il convenait d'adopter une approche plus exhaustive, fondée sur une règle, ce qui aurait pour conséquence de développer dans une certaine mesure l'article 39 *bis*. Parallèlement, on a craint qu'en faisant des adjonctions aux dispositions existantes, on fasse apparaître la Loi type plus complexe et l'on décourage les États adoptant la Loi type d'utiliser la procédure décrite à l'article 39 *bis*, ce qui allait à l'encontre du but poursuivi. Pour justifier le maintien de l'approche plus limitée énoncée dans le libellé actuel, on a fait valoir un autre élément, à savoir que le chapeau du paragraphe 4 indiquait clairement, en utilisant les mots "au minimum", qu'il n'était pas exclu que des renseignements complémentaires doivent être fournis dans la sollicitation de propositions. On a encore fait observer qu'il pouvait déjà être question, dans d'autres passages, de l'article 39 *bis*, des renseignements devant être communiqués à l'avance aux fournisseurs ou entrepreneurs dans la sollicitation de propositions.

63. Sans préjudice des objections qui avaient été formulées à l'encontre de tout ajout qui viendrait encore allonger l'article 39 *bis*, il y a eu un large accord pour estimer qu'un grand nombre des renseignements qui devaient, en vertu de l'article 25, figurer dans le dossier de sollicitation prévu dans le cadre de l'appel d'offres devraient par analogie figurer dans la sollicitation de propositions relatives à des services. On a estimé que les éléments figurant dans les alinéas *l*, *m*, *p* et peut-être *v* de l'article 25 n'étaient probablement pas pertinents. En ce qui concerne le libellé actuel du paragraphe 4, on a accueilli très favorablement la proposition visant à omettre dans l'alinéa *b* les mots "livrés et, si cela est pertinent,". On a estimé que le libellé actuel, qui s'inspirait du souci de ne pas entraver inutilement la participation de fournisseurs de services étrangers (A/CN.9/389, par. 105 à 107), n'était pas clair. On a également fait observer à l'intention du groupe de rédaction qu'il était question à l'article 25 *e* d'"éléments" et à l'article 39 *bis* de "critères".

64. En ce qui concerne la forme précise que revêtirait l'extension de la portée du paragraphe 4, le Groupe de travail a examiné plusieurs types d'approche, qui différaient notamment en fonction de l'ampleur des adjonctions proposées. Selon une approche relativement minimale, il suffirait de compléter le paragraphe 4 en mentionnant à l'intention de l'entité adjudicatrice qu'il faudrait peut-être insérer dans la sollicitation de propositions relatives à des services des éléments supplémentaires analogues à ceux prévus à l'article 25 et qui ne figuraient pas dans le libellé actuel du paragraphe 4. Cette approche, tout comme d'autres formes de renvoi, s'est heurtée à des objections de caractère stylistique. Selon une opinion en sens diamétralement opposé, les éléments de l'article 25 qui étaient applicables par analogie à l'article 39 *bis* devraient être énumérés dans celui-ci. Une approche plutôt médiane, conçue à l'effet d'éviter de trop allonger la disposition, consistait à mentionner de façon relativement ramassée et succincte les autres éléments pertinents qui devraient figurer dans la sollicitation de propositions relatives à des services. Des doutes ayant été émis quant à l'adéquation ou à l'applicabilité de ce type d'approche, le Groupe de travail a examiné une proposition comportant une version plus détaillée du paragraphe 4 et consistant essentiellement en une énumération des types d'éléments devant figurer dans le dossier de sollicitation en cas de procédure d'appel d'offres conformément à l'article 25.

65. Bien qu'une certaine hésitation ait été marquée en raison de la longueur du texte et quant à son aptitude à distinguer adéquatement la passation des marchés de services, le Groupe de travail a accepté généralement la proposition et l'a renvoyée au groupe de rédaction. Il a été noté que les exigences formulées dans la proposition concernaient essentiellement des renseignements de base de caractère "administratif" ou "ménager" qui s'appliqueraient indifféremment aux biens, aux travaux ou aux services.

66. Le Groupe de travail a noté à l'intention du groupe de rédaction un certain nombre de critiques et de questions qui avaient été formulées, notamment : l'expression "fournisseurs ou entrepreneurs" devrait être préférée à celle de "auteurs de propositions"; au cas où l'entité adjudicatrice opterait pour la procédure des négociations conformément au paragraphe 12 ou au paragraphe 13 de l'article 39 *bis*, on pouvait se demander si l'annonce d'une telle procédure était faite d'une façon adéquate; on pouvait se demander s'il convenait d'employer à l'article 39 *bis* le mot "ouverture" et parler du "lieu" d'ouverture des propositions, ces expressions présentant des connotations avec l'ouverture publique qui était de mise dans la procédure d'appel d'offres, mais non dans la procédure prévue à l'article 39 *bis*; il faudrait peut-être faire précéder la partie de l'article consacrée au prix d'une expression comme "Lorsqu'un prix ou un tarif

doivent être indiqués", de manière à éviter d'accorder indûment la prééminence au prix et de donner l'impression qu'en toutes circonstances le prix serait un critère; dans toute la mesure possible, le libellé des présentes dispositions devrait être calqué sur les dispositions analogues applicables à l'appel d'offres énoncées à l'article 25; il faudrait remplacer l'expression "sollicitation de propositions" par l'expression "dossier de sollicitation" (il faut cependant noter que cette proposition ne paraît pas avoir recueilli un large appui).

Paragraphe 5

67. Le Groupe de travail a examiné plusieurs façons possibles d'envisager le point de savoir si l'application de tout ou partie des critères d'évaluation énoncés était obligatoire ou facultative et si l'entité adjudicatrice devrait être autorisée à appliquer d'autres critères que ceux énoncés au paragraphe 5. Après avoir examiné les motifs qu'il pourrait y avoir de rendre à tout le moins les alinéas *a*, *b* et *c* obligatoires, il a affirmé que le paragraphe 5 visait à limiter l'étendue des critères autorisés, sans pour autant exiger que l'ensemble de ces critères soit utilisé dans tous les cas. Pareille approche a été jugée conforme à la manière dont le Groupe de travail interprétait d'autres dispositions analogues de la Loi type. On a estimé que le membre de phrase "Ces critères doivent permettre d'évaluer" figurant à la fin du chapeau ne reflétait pas adéquatement cette interprétation et devrait être réexaminé par le groupe de rédaction. Le Groupe de travail a estimé également qu'il pourrait être utilement précisé dans le paragraphe 5, sans avoir à attendre le paragraphe 9 pour ce faire, que l'entité adjudicatrice ne pouvait appliquer des critères qui n'avaient pas été notifiés aux fournisseurs ou entrepreneurs dans la sollicitation de propositions.

68. En ce qui concerne la teneur du paragraphe 5, selon un avis, il fallait supprimer l'alinéa *d*, où il était question de critères d'évaluation de caractère "socio-économique". Le Groupe de travail a estimé cependant qu'une telle disposition, qui pourrait à juste titre ne pas figurer dans une convention internationale ayant trait aux avantages commerciaux réciproques en matière de passation des marchés, était une prérogative incontestable des États qui serait en tout état de cause reconnue en droit interne. On a fait observer que des considérations identiques expliquaient l'insertion d'une disposition analogue dans l'article 32-4 *c* iii, applicable à la procédure d'appel d'offres. Une proposition visant à subordonner à l'approbation d'une "autorité désignée" l'utilisation des critères énoncés à l'alinéa *d* n'a pas recueilli un appui suffisant. Toutefois, le Groupe de travail a accepté, en particulier par souci de symétrie avec l'article 32-4 *c* iv, d'ajouter comme critère supplémentaire dans le paragraphe 5 la défense nationale et la sécurité.

69. Parmi les propositions renvoyées au groupe de rédaction, il y a eu celle tendant à combiner les paragraphes 6 et 5 et celle visant à revoir le libellé de l'alinéa *c*, vu qu'il avait été expressément précisé que le "prix proposé" n'était pas à proprement parler le "critère".

Paragraphe 6

70. Le Groupe de travail est convenu de renvoyer au groupe de rédaction une suggestion tendant à fusionner les paragraphes 5 et 6.

Paragraphe 7

71. On a fait observer que l'alinéa *a* du paragraphe 7 ne précisait pas le délai dans lequel l'entité adjudicatrice devait répondre aux demandes d'éclaircissements ni celui dans lequel elle devait communiquer aux fournisseurs ou entrepreneurs les modifications apportées à la sollicitation de propositions. On a en outre fait observer qu'à l'article 26 la question de la clarification et des modifications du dossier de sollicitation, dans le cas de la procédure d'appel d'offres, était traitée plus en détail. Une suggestion tendant à aligner le paragraphe 7 sur l'article 26 a été acceptée et renvoyée au groupe de rédaction.

Paragraphe 8

72. Le Groupe de travail a accepté et renvoyé au groupe de rédaction une suggestion tendant à fusionner les paragraphes 8 et 14 pour en faire un seul paragraphe consacré à la question de la confidentialité.

Paragraphe 9

73. Suite à la décision d'insérer au paragraphe 5 la disposition exigeant la divulgation des critères dans la sollicitation de propositions, le Groupe de travail a estimé que le paragraphe 9 pourrait être incorporé au paragraphe 10.

Paragraphe 10

74. On a proposé que le paragraphe 10 prévoie également la possibilité pour l'entité adjudicatrice d'avoir recours, dans le processus de sélection, à un jury ou groupe d'experts indépendants. A l'appui de cette proposition, on a déclaré que le choix de la proposition à retenir par un tel jury ou groupe était une procédure suivie dans la pratique, en particulier en cas de concours organisé pour la conception d'un projet. On a fait valoir que cette procédure était prévue dans la directive de l'Union européenne relative à la coordination des procédures d'attribution des marchés publics de services. On a émis l'avis que cette disposition pourrait être incorporée au mécanisme de sélection existant et ne nécessiterait pas une autre méthode de sélection de la proposition à retenir. On a également indiqué que la disposition sur la question qui serait insérée au paragraphe 10 se bornerait à établir les normes devant régir la composition et l'impartialité des jurys de sélection.

75. Diverses objections ont toutefois été élevées à l'encontre de cette proposition. On a exprimé l'avis qu'une telle disposition serait superflue, étant donné que l'entité adjudicatrice, si elle souhaitait organiser un concours pour la conception d'un projet, pourrait le faire dans le cadre des dispositions existantes de la Loi type. On a également objecté que si une telle disposition figurait à l'article 39 *bis*, alors qu'elle ne figurait pas parmi les méthodes de passation des marchés de biens et de travaux, on aurait l'impression que les jurys ne pouvaient être utilisés que pour les marchés de services, ce qui était contraire à la pratique. De plus, il faudrait établir une distinction entre les jurys ayant un rôle uniquement consultatif et ceux habilités à prendre une décision qui lierait l'entité adjudicatrice; de même, il faudrait distinguer entre les jurys qui avaient uniquement à se prononcer sur les aspects esthétiques et artistiques des propositions et ceux qui avaient un rôle plus large.

76. Après délibération, le Groupe de travail a estimé qu'une disposition sur la sélection par un jury composé d'experts indépendants devrait être insérée au paragraphe 10, à condition qu'elle se borne à mentionner le fait que l'entité adjudicatrice avait le droit d'avoir recours à des jurys impartiaux pour sélectionner les propositions. Un projet d'amendement allant dans ce sens a été présenté et renvoyé au groupe de rédaction. On a indiqué qu'il faudrait une formulation précisant que "rien dans la Loi type" n'empêchait le recours à des jurys impartiaux dans le processus de sélection. (Pour la suite de la discussion portant sur le recours à des jurys de sélection, voir par. 125.)

Paragraphes 11, 12 et 13

77. Le Groupe de travail est convenu que la façon dont les paragraphes 11, 12 et 13 étaient formulés (en particulier l'emploi du mot "*shall*" dans la version anglaise) prêtait à confusion : elle donnait l'impression que l'entité adjudicatrice devait utiliser les trois méthodes de sélection, alors qu'en fait elle devait opter pour l'une d'entre elles. Il a été convenu de renvoyer ces paragraphes au groupe de rédaction pour qu'il les remanie de façon à faire ressortir le caractère facultatif des méthodes de sélection.

78. On a déclaré craindre que si, conformément à l'alinéa *b* du paragraphe 13, les propositions étaient classées uniquement sur la base de la qualité et des aspects techniques, certains fournisseurs ou entrepreneurs ne fassent, concernant ces aspects, des propositions allant au-delà de ce qui était nécessaire pour répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice, afin d'être bien classés et d'être les premiers à négocier avec elle. On a fait observer que l'entité adjudicatrice se trouverait ainsi désavantagée, puisqu'elle devrait négocier un prix pour une proposition allant au-delà de ses besoins. Le Groupe de travail a toutefois fait observer que la note était censée couvrir tous les aspects des propositions, y compris la mesure dans laquelle elles répondaient aux besoins de l'entité adjudicatrice, de façon que celle-ci puisse tenir compte du fait que des propositions pourraient éventuellement faire intervenir des techniques plus complexes qu'il ne fallait, et donc refuser d'accorder à de telles propositions une note élevée. Il a été convenu qu'il faudrait remanier l'alinéa *b* du paragraphe 13 de façon que cela paraisse clairement.

79. Le Groupe de travail a également débattu de la question de savoir s'il fallait appliquer le seuil au paragraphe 12, de façon à rendre la méthode plus stricte. On a objecté que la méthode visée au paragraphe 12 risquait alors d'être si stricte qu'elle aurait peu de chances d'attirer les entités adjudicatrices. On a demandé si le paragraphe 12 ne présupposait pas déjà un seuil, puisqu'il prévoyait que l'entité adjudicatrice ne négocierait qu'avec les fournisseurs ou entrepreneurs dont les propositions n'avaient pas été rejetées. On a toutefois répliqué que le rejet dont il était question ici reposerait sur la non-satisfaction d'un critère fondamental comme les qualifications professionnelles et non pas nécessairement sur une évaluation technique approfondie de la proposition. D'un point de vue rédactionnel, on a proposé, puisque le seuil était applicable à la fois aux paragraphes 11 et 13, de faire un paragraphe distinct de l'alinéa *a* du paragraphe 11, qui prévoyait le seuil.

80. S'agissant du paragraphe 13, on a demandé si l'entité adjudicatrice pourrait, après avoir négocié successivement avec un certain nombre de fournisseurs ou entrepreneurs, revenir, pour conclure le marché, à un fournisseur ou entrepreneur avec lequel elle avait précédemment rompu les négociations, si elle estimait qu'il était le mieux à même de répondre à ses besoins. On a déclaré craindre qu'en l'absence d'une telle possibilité, l'entité adjudicatrice ne se trouve, par le jeu des dispositions du paragraphe 13, amenée à retenir un fournisseur ou entrepreneur qui n'offrait pas nécessairement le meilleur rapport qualité-prix. On a toutefois en règle générale estimé, qu'en ne donnant pas à l'entité adjudicatrice la faculté de rouvrir les négociations avec des fournisseurs ou entrepreneurs, le paragraphe 13 introduisait dans la procédure de passation des marchés une discipline qui était importante, et permettait d'éviter des négociations illimitées qui risquaient d'aboutir à des abus et de causer des retards indus. Il a été convenu que le Guide pour l'incorporation de la Loi type dans le droit interne devrait clairement indiquer que le paragraphe 13 avait pour objet d'introduire cette discipline dans la procédure de passation des marchés.

81. On a également demandé, à propos du paragraphe 13, si les négociations devaient porter uniquement sur le prix ou si elles devaient également porter sur d'autres aspects des propositions, comme le prévoyait le libellé actuel. On a fait valoir que les négociations visées au paragraphe 13 devraient porter uniquement sur le prix, au motif que les propositions avaient été notées sur la base de critères communs et que des négociations sur des aspects autres que le prix risquaient de faire échec au principe des critères communs. On a toutefois fait observer que, dans la pratique, les négociations qui avaient lieu dans le cadre d'une procédure du type de celle visée au paragraphe 13 n'étaient pas strictement limitées au prix. On a, en outre, déclaré que puisque le paragraphe 13 représentait maintenant la principale méthode de sélection pour les services pour lesquels le critère prioritaire était les qualifications des fournisseurs ou contractants, il ne fallait pas restreindre le champ de ce paragraphe au point de rendre son utilisation difficile par les entités adjudicatrices. On a émis l'avis qu'on pourrait limiter les négociations de façon plus souple, par exemple en les restreignant aux aspects des propositions "liés au prix". Après délibération, le Groupe de travail a décidé d'attendre pour prendre une décision sur la question de s'être mieux informé sur les pratiques en vigueur.

82. Lorsqu'il a repris les délibérations qu'il avait consacrées auparavant à la question du champ d'application des négociations au titre de l'article 39 *bis*-13 *b* (voir la discussion ci-dessus au paragraphe 81), le Groupe de travail s'est entendu rappeler que les négociations engagées dans le cadre de la procédure spéciale décrite à l'article 39 *bis*-13 devraient se limiter au prix. Par ailleurs, le Groupe de travail a été invité à reconnaître que, dans la pratique, les négociations devraient inévitablement aborder d'autres aspects que le prix, indépendamment du fait qu'un formulaire de contrat figure ou non en annexe à la sollicitation de propositions, pour la simple raison que tout ce qui concernait le prix touchait nécessairement aux conditions du marché. On a dit qu'il faudrait trouver une solution à mi-chemin, qui répondrait aux besoins de la pratique sans étendre indûment le champ d'application des négociations jusqu'au point où la

procédure serait inéquitable à l'égard des autres fournisseurs ou entrepreneurs. On a ainsi proposé de mentionner les questions ayant trait à la "résolution du marché". Toutefois, selon l'avis qui a prévalu, les modifications proposées n'apportaient pas beaucoup plus de clarté et, faute de mieux, il était préférable de conserver les mots "ou sur d'autres aspects". (Pour la suite de la discussion sur ce point, voir par. 128.)

83. Diverses propositions d'ordre rédactionnel ont également été avancées. En particulier, on a émis l'avis que si le paragraphe 13 était censé représenter le système à "deux enveloppes", il devrait être plus spécifique. On a aussi fait observer que ce paragraphe devrait comporter une référence plus claire aux procédures d'entrée en vigueur du marché, car c'était cette disposition qui avait incité le Groupe de travail à envisager l'inclusion de l'article 11 *ter*. Il a également été convenu que le groupe de rédaction devrait choisir entre les termes "facteurs" et "critères" et se tenir à son choix tout au long de l'article 39 *bis*.

Intitulé de la nouvelle méthode de passation des marchés de services

84. Le Groupe de travail a abordé la question du nom général à donner à la méthode de passation des marchés exposée à l'article 39 *bis*. Il a reconnu que chacun des libellés proposés dans l'intitulé de l'article 39 *bis* présentait des avantages et des inconvénients. Par exemple, l'expression "procédure spéciale relative aux marchés de services" présentait l'avantage d'être bien distincte de l'expression "sollicitation de propositions" qui renvoyait à une méthode de passation des marchés figurant dans la Loi type existante (art. 38). On a dit qu'une expression nouvelle contribuerait à souligner le caractère propre de la méthode de passation des marchés ajoutée pour les services. Par ailleurs, l'expression "sollicitation de propositions" présenterait l'avantage d'être bien connue, ce qui contribuerait à rendre la Loi type plus "conviviale". Après un débat, le Groupe de travail a décidé de retenir l'expression "sollicitation de propositions relatives à des services" et d'en faire l'intitulé du chapitre distinct qui contiendrait les dispositions énoncées à l'article 39 *bis*.

Article 16. Méthodes de passation des marchés

85. Après avoir examiné l'article 39 *bis* (voir par. 55 à 84), le Groupe de travail est revenu à son débat sur l'article 16 en particulier, et sur le chapitre II en général. La question était de savoir comment faire en sorte que ces dispositions constituent le meilleur mécanisme pour aider l'entité adjudicatrice à déterminer la méthode de passation des marchés à retenir pour tel ou tel marché de services.

86. A ce stade du débat, la question initiale était une question de structure : le chapitre II devait-il constituer un tel mécanisme pour la seule passation des marchés de biens ou de travaux, un mécanisme concernant les services (ce dont traitait le paragraphe 3 de l'article 16) étant inséré dans une autre partie de la Loi type, par exemple dans le chapitre distinct sur les services dans lequel il avait été décidé de placer l'article 39 *bis*? On a avancé une proposition qui allait encore plus loin dans le sens d'un traitement distinct des conditions de recours aux méthodes de passation des marchés dans le cadre de biens ou de travaux d'une part, et dans le cadre de services de l'autre. Cette proposition tendait à énumérer, dans un chapitre distinct également, les conditions dans lesquelles les méthodes de passation des marchés mentionnées aux articles 18 à 20 seraient applicables à la passation des marchés de services — même si cela pouvait s'avérer en grande partie répétitif —, au motif que l'on risquait de ne pas pouvoir rédiger ces conditions d'une manière suffisamment générale pour qu'elles portent à la fois sur les biens ou les travaux et sur les services. Sur ce dernier point, on a cité en exemple le paragraphe 1 de l'article 19. Les propositions avancées en faveur d'un type d'approche distinct étaient motivées en particulier par le souci d'être plus clair en traitant séparément de la passation des marchés de services ainsi que de limiter l'ampleur des modifications du texte existant de la Loi type.

87. Comme autre variante du traitement distinct, on a proposé d'exposer les méthodes de passation des marchés et leurs conditions d'utilisation dans des parties différentes de la Loi type pour les biens et les travaux, d'une part, et pour les services, d'autre part, mais sans prévoir le recours à l'appel d'offres en deux étapes, à la négociation avec appel à la concurrence et à la sollicitation de propositions relatives à des services. Conformément à cette proposition, il faudrait, pour recourir à la méthode de l'appel d'offres, dans le cas d'un marché de services, qu'il s'agisse de services standardisés dont l'aspect le plus important était le prix; les mêmes conditions s'appliqueraient pour le recours aux méthodes de l'appel d'offres restreint et de la sollicitation de prix, tandis que les conditions à réunir pour le recours à la méthode de la sollicitation d'une source unique seraient les mêmes que dans le cas des marchés de biens et de travaux.

88. L'aspect de la proposition qui a éveillé le plus d'intérêt était l'élimination des méthodes de l'appel d'offres en deux étapes, de la négociation avec appel à la concurrence et de la sollicitation de propositions relatives à des services. Des objections ont, toutefois, été élevées à l'encontre des conditions proposées pour le recours à la méthode de l'appel d'offres dans le cas des services, au motif que l'appel d'offres devrait être possible même dans les cas où le prix n'était pas nécessairement l'aspect le plus important. On a également fait valoir qu'on ne pouvait pas combiner les conditions pour le recours à la méthode de l'appel d'offres restreint et à celle de la sollicitation de prix, car ces deux méthodes seraient appliquées dans des circonstances totalement différentes.

89. Selon une autre proposition encore concernant la structure, toutes les méthodes de passation des marchés prévues pour les marchés de biens et de travaux auraient été retenues également pour les marchés et services. Toutefois, toutes les dispositions ayant trait exclusivement aux marchés de services figureraient dans une autre partie de la Loi type que les dispositions ayant trait aux marchés de biens et de travaux, mais elles resteraient régies par les dispositions relatives aux méthodes de passation des marchés communes aux biens et travaux, d'une part, et aux services, d'autre part.

90. Selon le point de vue dominant, il était toutefois préférable, du moins au stade actuel, de suivre en ce qui concerne l'article 16 et le reste du chapitre II une démarche qui

permettrait de rassembler en une section de la Loi type toutes les règles relatives à la méthode de passation des marchés à utiliser, qu'il s'agisse de biens, de travaux ou de services. On s'est largement accordé à penser qu'une telle approche pouvait être adaptée à la structure existante de la Loi type et limiterait le nombre de modifications à apporter à cette structure si l'on y ajoutait les services. Il a été convenu de tester la possibilité d'appliquer une telle approche unifiée lorsque le Groupe de travail procéderait à l'examen du reste du chapitre II, et en particulier de la façon dont les conditions de recours aux différentes méthodes de passation des marchés étaient formulées.

91. Abordant l'examen sur le fond du paragraphe 3 de l'article 16, le Groupe de travail a focalisé le débat sur les moyens qui permettraient de rendre plus strictes les règles d'accès aux méthodes de passation des marchés de services autres que les procédures spéciales prévues à l'article 39 *bis*. S'agissant de l'alinéa *a*, où étaient indiquées les conditions dans lesquelles le recours aux appels d'offres serait autorisé en ce qui concerne les services, il a été proposé de supprimer le membre de phrase "et une procédure d'appel d'offres serait plus appropriée compte tenu de la nature des services à fournir", de manière à rendre l'appel d'offres obligatoire lorsque l'on pouvait formuler des spécifications.

92. De même, on a estimé qu'à l'alinéa *b* la possibilité de recourir aux trois méthodes mentionnées à l'article 17 devait être restreinte. Le texte dont était saisi le Groupe de travail reflétait la décision prise à la seizième session de ne pas soumettre l'emploi des méthodes mentionnées à l'article 17 en ce qui concerne la passation des marchés de services aux conditions prévues à l'article 17. On a jugé qu'étant donné le caractère extrêmement détaillé des modifications apportées à l'article 39 *bis* à la session en cours, il serait approprié d'établir des conditions régissant le recours aux méthodes de passation des marchés de services mentionnées à l'article 17. La principale condition, mais peut-être pas la seule, serait celle dont il est question au paragraphe 1 *a* de l'article 17, à savoir l'impossibilité de formuler des spécifications détaillées. On a aussi mentionné la possibilité d'appliquer la condition stipulée au paragraphe 1 *c* de l'article 17 (défense nationale et sécurité), ainsi que celle énoncée au paragraphe 2 de l'article 17 (recours à la négociation avec appel à la concurrence en cas d'urgence).

93. Au cours du débat, on s'est demandé si l'élaboration de l'article 39 *bis* pouvait avoir complètement éliminé la nécessité d'offrir la possibilité d'utiliser les méthodes mentionnées à l'article 17 dans le cas d'une passation de marché de services. On a fait observer à cet égard que les procédures prévues aux paragraphes 12 et 13 ressemblaient beaucoup à une sollicitation de propositions et à une négociation avec appel à la concurrence, respectivement, ce qui rendait inutile le paragraphe 3 *b* de l'article 16. Eu égard à cela, le Groupe de travail a été invité instamment à prendre garde que tant le législateur que les entités adjudicatrices risquaient d'éprouver confusion et incertitude si la Loi type devait offrir en matière de passation des marchés de services non seulement l'article 39 *bis*, qui lui-même se ramifiait en trois "procédures de sélection" différentes, mais aussi les méthodes mentionnées à l'article 17, toutes dispositions que l'État adoptant la Loi type incorporerait vraisemblablement dans son droit interne.

94. Après délibération, des opinions dominantes se sont dégagées au sein du Groupe de travail sur les points qui avaient été examinés. On a estimé que l'alinéa *a* du paragraphe 3 devrait demeurer pour l'essentiel en l'état, afin de tenir compte des cas éventuels où il serait possible de formuler des spécifications détaillées, mais où un appel d'offres ne serait néanmoins pas la méthode la plus appropriée. En ce qui concerne l'alinéa *b* du paragraphe 3, l'avis dominant était que les méthodes de passation des marchés mentionnées à l'article 17 devraient pouvoir être utilisées dans le cas des services. Le Groupe de travail a marqué une pause pour discuter de la possibilité de ne pas mentionner la sollicitation de propositions prévue à l'article 38 en ajoutant à l'article 39 *bis* une disposition selon laquelle la procédure de publication ne conférait pas le droit de faire évaluer une proposition. Une disposition du même ordre figurait dans la Loi type, s'agissant de la procédure de publication d'avis de sollicitation de propositions (par. 2 de l'article 38). Une telle approche a été critiquée, d'une part comme contraire à la transparence qu'était censé avoir l'article 39 *bis* en tant que principale méthode de passation des marchés de services, et d'autre part comme inutile puisque le paragraphe 11 *a* de l'article 39 *bis* exigeait la fixation d'un seuil. Au cours du débat, il a aussi été déclaré que la nécessité de conserver une procédure simple de négociation avec appel à la concurrence dans des cas exceptionnels était encore plus impérieuse après la transformation de l'article 39 *bis* en une procédure relativement lourde. Il a été souligné en outre que la négociation avec appel à la concurrence était reconnue par l'Accord du GATT relatif aux marchés publics. Le Groupe de travail est cependant convenu de modifier la disposition figurant à l'alinéa *b* du paragraphe 3, dans la mesure où le recours aux méthodes mentionnées à l'article 17 ne serait permis que si les conditions d'utilisation de ces méthodes étaient remplies.

95. Le Groupe de travail a examiné une proposition tendant à déplacer le paragraphe 4 de l'article 16 pour l'insérer dans l'article 11, mais a décidé de ne pas y donner suite. Cette proposition était motivée par le désir de raccourcir le texte, les modalités de procès-verbal étant traitées de manière approfondie à l'article 11. On a fait observer que cette disposition avait été ajoutée telle qu'adoptée par la Commission dans cette partie de la Loi type pour mettre en relief l'obligation de dresser un procès-verbal, par un procédé intentionnellement répétitif utilisé ailleurs dans la Loi type.

Article 17. 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

Paragraphe 1

96. Il a été proposé de supprimer à l'alinéa *b* la mention de l'acquisition d'un prototype. On a souligné que la condition selon laquelle les contrats de recherche en cause devaient aboutir à l'acquisition d'un prototype était ajoutée pour faire entrer ce type de contrat dans le champ d'application de la Loi type, qui ne traitait pas des services, catégorie dans laquelle on pouvait considérer que les contrats de recherche étaient à leur place. Le Groupe de travail s'est accordé à penser que dès lors que le champ d'application de la Loi type serait étendu aux services, la mention de l'acquisition d'un prototype ne se justifierait plus, puisque les contrats de

recherche pouvaient continuer d'être régis par la Loi type modifiée, soit en tant que contrats relatifs à la passation des marchés de biens lorsqu'un prototype était mis au point, soit, dans les autres cas, en tant que contrats de services. On a noté qu'une référence analogue à un prototype à propos des contrats à des fins de recherche octroyés par le biais d'une procédure de sollicitation d'une source unique pouvait être éliminée du paragraphe 1 *e* de l'article 20.

97. Le Groupe de travail a noté que la mention de l'article 33 figurant à l'alinéa *d* serait remplacée par un renvoi à l'article 11 *bis*.

Paragraphe 2

98. Aucune observation n'a été formulée à propos du paragraphe 2.

Article 18. Conditions d'utilisation de l'appel d'offres restreint

99. Aucune observation n'a été faite à propos de l'article 18.

Article 19. Conditions d'utilisation de la procédure de sollicitation de prix

100. Aucune observation n'a été faite quant au fond sur l'article 19. Cependant, le groupe de rédaction a été prié d'en revoir la formulation actuelle de manière à ce qu'il soit mieux adapté aux services.

Article 20. Conditions d'utilisation de la procédure de sollicitation d'une source unique

Paragraphe 1

101. Le Groupe de travail a noté que la référence à la "nature unique" des services avait été ajoutée aux alinéas *a* et *d* pour tenter de répondre au souci de bien marquer le caractère exceptionnel, dans le contexte des services, du recours à la procédure de sollicitation d'une source unique sur cette base (A/CN.9/389, par. 101 à 104). On est toutefois convenu que l'ajout n'apportait pas les éclaircissements souhaités et devrait être supprimé. On s'est demandé pourquoi cette disposition devait préciser que les services pouvaient avoir un caractère exceptionnel, puisque l'on pouvait tout aussi bien attribuer un caractère exceptionnel à certains biens ou travaux. On a souligné aussi que cet ajout ne précisait guère le sens du texte.

102. Le Groupe de travail a noté qu'une mention des services serait ajoutée aux alinéas *b* et *c*. On s'est demandé si la notion de "compatibilité" mentionnée à l'alinéa *d* comme justification de l'acquisition de services supplémentaires auprès d'un même fournisseur ou entrepreneur particulier était appropriée.

Paragraphe 2

103. Aucune observation n'a été faite à propos du paragraphe 2.

Chapitre III. Procédure d'appel d'offres

Article 21 à 24

104. Aucune observation n'a été faite sur les articles 21 à 24 intitulés respectivement : Appel d'offres national; Procédures de sollicitation des offres ou des demandes de présélection; Teneur de l'invitation à soumettre une offre et de l'invitation à présenter une demande de présélection; Communication du dossier de sollicitation.

Article 25. Teneur du dossier de sollicitation

105. On a noté qu'à l'alinéa *h* les mots "des biens ou des travaux" seraient remplacés par les mots "des biens, des travaux ou des services".

Articles 26 à 35

106. Aucune observation n'a été faite sur les articles 26 à 35 intitulés respectivement : Clarification et modification du dossier de sollicitation; Langue des offres; Soumission des offres; Période de validité des offres, modification et retrait des offres; Garanties de soumission; Ouverture des offres; Examen, évaluation et comparaison des offres; Rejet de toutes les offres; Interdiction des négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs; Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché.

Chapitre IV. Passation des marchés par d'autres méthodes que la procédure d'appel d'offres

Article 36. Appel d'offres en deux étapes

107. Le Groupe de travail a accepté et renvoyé au groupe de rédaction une suggestion tendant à ce que le paragraphe 2 dispose que, le cas échéant, le dossier de sollicitation sollicite également les qualifications professionnelles des fournisseurs de services.

108. S'agissant du paragraphe 3, le Groupe de travail est convenu qu'il serait utile de préciser que les négociations visées dans ce paragraphe faisaient partie de la première étape de l'appel d'offres en deux étapes.

Article 37. Appel d'offres restreint

109. Aucune observation n'a été faite sur l'article 37.

Article 38. Sollicitation de propositions

110. Le Groupe de travail a prié le groupe de rédaction d'ajouter, aux paragraphes 2 et 3 *a*, le mot "professionnelle" afin d'aligner le libellé de ces deux paragraphes sur celui de dispositions similaires.

Articles 39 à 41

111. Aucune observation n'a été faite sur les articles 39 à 41 intitulés respectivement : Négociation avec appel à la concurrence; Sollicitation de prix; Sollicitation d'une source unique.

Chapitre V. Recours

Article 42. Droit de recours

112. Le Groupe de travail est convenu qu'il faudrait préciser, à l'alinéa *a* du paragraphe 2, que, dans le cas des marchés de services, le choix de la procédure de sélection prévue au paragraphe 10 de l'article 39 *bis* ne pourrait faire l'objet d'un recours.

113. Le Groupe de travail est également convenu d'insérer, à l'alinéa *e* du paragraphe 2, un renvoi à l'article 39 *ter*.

Articles 43 à 47

114. Il n'y a pas eu d'observation sur les articles 43 à 47 intitulés respectivement : Recours porté devant l'entité adjudicatrice (ou devant l'autorité de tutelle); Recours administratif; Certaines règles applicables aux procédures de recours en vertu de l'article 43 [et de l'article 44]; Suspension de la procédure de passation du marché; Recours judiciaire.

III. RAPPORT DU GROUPE DE RÉDACTION

Article 2. Définitions

115. Il a été décidé que l'alinéa *d* (définition des "travaux") devrait comporter une référence à la valeur des services accessoires tout comme la disposition énonçant la définition des "biens".

Article 9. Forme des communications

116. Il a été convenu qu'il faudrait insérer des renvois aux dispositions du chapitre consacré aux marchés de services auxquelles s'appliquait l'article 9-2.

Article 11. Procès-verbal de la procédure de passation du marché

117. On a fait observer qu'il fallait que l'alinéa *d* du paragraphe 1 fasse apparaître, comme on l'avait déjà signalé lors du débat sur l'article 11 (voir par. 44), que l'entité adjudicatrice ne connaissait pas toujours le prix, par exemple du fait que "l'enveloppe contenant le prix" dans la procédure de la "double enveloppe" n'avait pas encore été ouverte ou parce qu'un prix n'avait pas été formulé concernant une proposition donnée. On a déclaré que l'entité adjudicatrice n'aurait pas toujours à sa disposition les éléments d'information qu'il lui était demandé de consigner au procès-verbal, à l'alinéa *d* du paragraphe 1. Après délibération, le Groupe de travail est convenu d'ajouter les mots "si ceux-ci sont en fait connus de l'entité adjudicatrice" à la fin de l'alinéa.

Article 11 ter. Entrée en vigueur du marché

118. Après avoir relevé qu'il avait décidé de différer la prise d'une décision sur l'article 11 *ter* jusqu'à ce qu'il ait achevé l'examen de l'article 39 *bis* (voir par. 47), le Groupe de travail a noté que la référence, à l'article 11 *ter*, aux "documents pour la sollicitation de propositions, d'offres ou de prix" pourrait être interprétée comme une référence au "dossier de sollicitation" dans la procédure d'appel d'offres. Des documents de ce type n'étant pas utilisés dans toutes les procédures de passation de marché, en particulier dans la procédure de sollicitation d'une source unique et dans la procédure de sollicitation de prix, il a été décidé d'utiliser une formulation plus générale comme "au moment de la sollicitation des offres, des propositions ou des prix", de façon à prendre en compte aussi les cas où la sollicitation aurait lieu oralement.

Article 39 bis. Sollicitation de propositions

119. Le Groupe de travail est convenu de remplacer les expressions "invitation à soumettre une proposition" et "invitation à présenter une demande de présélection" par une expression telle que "un avis demandant aux fournisseurs ou entrepreneurs désireux de présenter une proposition ou une demande de présélection de se faire connaître".

Article 39 ter. Teneur des sollicitations de propositions relatives à des services

120. On a émis l'avis que l'alinéa *d* était superflu, car il n'y avait pas besoin de spécifier le lieu, la date et l'heure de l'ouverture des propositions dans le cas de la passation d'un marché de services. En effet, en règle générale, les propositions ne seraient pas ouvertes en présence des fournisseurs ou entrepreneurs. Une proposition tendant à exiger, à la place, l'indication du moment prévu pour la clôture de la procédure de sélection n'a pas été acceptée, au motif que, dans certaines procédures de sélection, en particulier celles faisant intervenir des négociations, il serait difficile de savoir à l'avance quand la procédure de sélection prendrait fin. Selon une autre proposition, il fallait indiquer le moment prévu pour la clôture de la procédure de sélection, s'agissant de la procédure visée à l'article 39 *sexies*-2, et il fallait indiquer le moment prévu pour l'ouverture des négociations, s'agissant des procédures visées à l'article 39 *sexies*-3 et -4. Après délibération, le Groupe de travail a décidé de supprimer l'alinéa *d*.

121. A l'alinéa *h*, le Groupe de travail a décidé d'ajouter les mots "pour autant qu'elles soient connues" après les mots "devant faire l'objet du marché" pour tenir compte du fait que l'entité adjudicatrice ne connaîtrait pas, dans tous les cas, la nature exacte et toutes les caractéristiques des services requis. Dans le même ordre d'idées, il a été convenu que, puisque dans certains cas, l'entité adjudicatrice solliciterait en fait des propositions concernant les diverses possibilités de répondre à ses besoins, il fallait que cette éventualité soit reflétée.

122. On a fait observer que, pour la passation des marchés de services, le prix n'était pas toujours un critère d'évaluation pertinent. Il fallait donc remanier le libellé des alinéas *j* et *k* de façon qu'il ressorte clairement que ceux-ci n'étaient applicables que pour autant que le prix des propositions soit un critère pertinent.

Article 39 quater. Critères d'évaluation des propositions

123. Le Groupe de travail a décidé qu'il faudrait insérer, à l'alinéa *a* du paragraphe 1, une référence au personnel de l'entité adjudicatrice qui serait chargé de la fourniture des services.

Article 39 sexies. Procédure de sélection

124. Le Groupe de travail a décidé qu'il faudrait insérer une disposition exigeant que soient consignés dans le procès-verbal de la passation du marché les motifs et les circonstances ayant présidé au choix d'une procédure de sélection donnée.

125. Reprenant la discussion sur une décision qu'il avait prise antérieurement d'inclure une disposition sur le recours à des jurys de sélection (voir par. 74 à 76), le Groupe de travail s'est demandé si l'alinéa *b* du paragraphe 1 devrait mentionner le rôle qui serait dévolu au jury dans la procédure de sélection. On a fait observer, à cet égard, que, dans certains États, les jurys de sélection jouaient uniquement un rôle consultatif tandis que dans d'autres États ils pouvaient aussi être habilités à décider de l'attribution du marché. On a émis l'avis que des problèmes risquaient de se poser si la Loi type recommandait une approche allant à l'encontre des procédures établies de l'État qui l'incorporerait dans son droit interne, et qu'il valait mieux laisser aux règlements en matière de passation des marchés le soin de régler la question. Après délibération, l'opinion qui a prévalu a été qu'il fallait laisser l'entité adjudicatrice libre de déterminer le rôle exact qui serait dévolu aux jurys de sélection. Le Groupe de travail a décidé de retenir l'alinéa *b*, sous réserve d'une seule modification, le mot "indépendants" étant remplacé par le mot "impartiaux".

126. La majorité des participants a estimé que l'alinéa *a* du paragraphe 2 devrait être remanié de façon qu'il ressorte clairement que tant l'établissement d'un seuil que la notation des propositions se feraient sur la base des critères d'évaluation des propositions autres que le prix, lesquels critères engloberaient, conformément à l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 39 *quater*, la mesure dans laquelle la proposition permettrait de répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice.

127. Au sous-alinéa ii de l'alinéa *b* du paragraphe 2, le Groupe de travail a décidé d'ajouter après le mot "critères" les mots "autres que le prix".

128. Reprenant son débat sur la portée des négociations prévues à l'alinéa *b* du paragraphe 4 (voir par. 81 et 82), le Groupe de travail a décidé qu'à ce stade il serait préférable de supprimer les mots "ou sur d'autres aspects". Parallèlement, on a émis l'avis qu'il faudrait appeler l'attention de la Commission sur le fait qu'il pourrait être souhaitable qu'elle examine plus avant la question de la portée des négociations prévues à l'alinéa *b* du paragraphe 4.

129. Du point de vue de la présentation, on a émis l'avis qu'on pourrait faire ressortir plus clairement le fait que l'article 39 *sexies* donnait à l'entité adjudicatrice le choix entre plusieurs procédures, en insérant une formule telle que "Option 1, etc." avant chacun des paragraphes 2, 3 et 4.

Article 17. Conditions de l'utilisation de l'appel d'offres en deux étapes, de la sollicitation de propositions et de la négociation avec appel à la concurrence

130. Il a été convenu que dans le chapeau de l'alinéa *a* du paragraphe 1, le critère déterminant la méthode de passation de marché à retenir devrait être l'impossibilité de définir les caractéristiques des services devant faire l'objet du marché, conformément à l'alinéa *h* de l'article 39 *ter*. Lors des discussions qui ont accompagné cette décision, on a fait observer que le texte remanié laissait encore en suspens la question du rapport avec la règle posée au paragraphe 3 de l'article 16, qui voulait que l'un des critères pour le recours à une procédure d'appel d'offres pour la passation d'un marché de services dans un cas donné soit la possibilité de formuler des spécifications détaillées.

IV. TRAVAUX FUTURS

131. A l'issue de ses délibérations, le Groupe de travail a noté que le texte du projet de loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services, qui avait été remanié compte tenu des délibérations et des décisions du Groupe de travail à la présente session, serait soumis à l'examen de la Commission, à sa vingt-septième session (New York, 31 mai-17 juin 1994). On a noté qu'à cette session l'occasion serait donnée d'examiner plus avant des points de vue qui avaient été exposés à la présente session du Groupe de travail, en particulier en ce qui concerne la structure des amendements à la loi type, la question de la forme n'ayant pas été tranchée.

132. Le Groupe de travail a noté que le Guide pour l'incorporation de la Loi type dans le droit interne serait encore plus utile avec l'inclusion de dispositions sur la passation des marchés de services, car c'était là un domaine d'importance croissante qui évoluait rapidement et dans lequel de nombreux parlements et gouvernements ne disposaient que d'une expérience relativement limitée. Le Groupe de travail a noté qu'étant donné le peu de temps dont il disposerait avant la vingt-septième session de la Commission, le secrétariat risquait d'avoir des difficultés à élaborer à temps des projets d'amendement au Guide qui tiennent compte de l'inclusion des marchés de services dans la Loi type. D'un autre côté, le Groupe de travail a exprimé l'espoir que les projets d'amendement au Guide qui seraient présentés à la Commission seraient complets sur le fond, de manière à permettre à celle-ci d'adopter simultanément la Loi type révisée et le Guide révisé.

ANNEXE

[PROJET DE LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA PASSATION DES MARCHÉS DE BIENS, DE TRAVAUX ET DE SERVICES]

Préambule

CONSIDÉRANT qu'il est souhaitable de réglementer la passation des marchés de biens, de travaux et *de services* 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 des biens, l'exécution des travaux *ou la fourniture des services* devant faire l'objet de marchés;

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*

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) A une catégorie de marchés exclue par les règlements en matière de passation des 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.

Article 2. *Définitions*

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*;

b) Les mots "entité adjudicatrice" désignent :

i) *Option I pour l'alinéa 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 pour l'alinéa i

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) 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 celle des biens eux-mêmes*; (l'État adoptant la Loi type pourra inclure des catégories supplémentaires de biens)

d) 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 *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*;

d bis) *Le mot "services" désigne tout objet de marché autre que des biens ou des travaux; (l'État adoptant la Loi type peut spécifier certaines catégories de services)*

e) Les mots "fournisseur ou entrepreneur" désignent, selon le contexte, tout cocontractant potentiel ou le cocontractant de l'entité adjudicatrice;

f) 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;

g) Les mots "garantie de soumission" désignent une garantie donnée à l'entité adjudicatrice pour assurer l'exécution de toute obligation visée à l'alinéa 1 *f* de l'article 30 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;

h) Le mot "monnaie" englobe les unités de compte monétaires.

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

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*

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.

Article 5. *Accès du public à la réglementation des marchés*

Le texte de la présente Loi, des règlements en matière de passation des marchés et de toutes les décisions et directives administratives d'application générale relatives à la passation des marchés régis par la présente Loi, ainsi que toutes les modifications audit texte, est promptement mis à la disposition du public et systématiquement tenu à jour.

Article 6. *Qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs*

1. *a)* 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;

b) Pour être admis à participer à une procédure de passation de marché, 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, 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 dans la documentation de présélection, le cas échéant, et dans le dossier de sollicitation ou tout autre document sollicitant des propositions ou des prix.

5. Sous réserve des dispositions des articles 8-1 et 32-4 *d*, 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*.

6. *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 être disqualifié s'il ne remédie pas promptement à ces erreurs ou omissions sur la demande de l'entité adjudicatrice.

Article 7. *Procédure de présélection*

1. L'entité adjudicatrice peut ouvrir une procédure de présélection en vue d'identifier, avant la soumission des offres ou des propositions dans le cadre des procédures de passation de marché menées conformément aux chapitres III ou IV, les fournisseurs ou entrepreneurs qui sont qualifiés. Les dispositions de l'article 6 s'appliquent à la procédure de présélection.

2. Si l'entité adjudicatrice ouvre une procédure de présélection, elle fournit un exemplaire de la documentation de présélection à chaque fournisseur ou entrepreneur qui en fait la demande conformément à l'invitation à présenter une demande de présélection et qui, le cas échéant, en acquitte le prix. Le prix que l'entité adjudicatrice peut demander pour la documentation de présélection ne doit refléter que le coût de l'impression de ladite documentation et de sa distribution aux fournisseurs ou entrepreneurs.

3. La documentation de présélection comporte, au minimum :

a) Les renseignements suivants :

i) Des instructions pour l'établissement et la soumission des demandes de présélection;

ii) Une récapitulation des principales conditions du marché qui sera conclu à l'issue de la procédure de passation de marché;

iii) Les pièces ou autres informations exigées des fournisseurs ou entrepreneurs pour justifier de leurs qualifications;

iv) Le mode et le lieu de soumission des demandes de présélection ainsi que le délai de soumission, consistant en une date et heure précises et laissant suffisamment de temps aux fournisseurs ou entrepreneurs pour préparer et soumettre leurs demandes, compte tenu des besoins raisonnables de l'entité adjudicatrice;

v) Toutes autres conditions pouvant être énoncées par l'entité adjudicatrice conformément à la présente Loi et aux dispositions des règlements en matière de passation des marchés relatives à la préparation et à la soumission des demandes de présélection et à la procédure de présélection; et

b) i) Dans la procédure *visée au chapitre III*, les renseignements devant figurer dans l'invitation à soumettre une offre conformément à l'article 23-1, alinéas *a* à *e*, *h* et *j*, si les renseignements spécifiés dans ce dernier alinéa sont déjà connus;

ii) *Dans la procédure visée au chapitre IV* bis, *les renseignements spécifiés à l'article 39* ter.

4. L'entité adjudicatrice répond à toute demande d'éclaircissements relative à la documentation de présélection qu'elle reçoit d'un fournisseur ou entrepreneur dans un délai raisonnable avant la date limite de soumission des demandes de présélection. La réponse de l'entité adjudicatrice est donnée dans un délai raisonnable afin de permettre au fournisseur ou entrepreneur de soumettre à temps sa demande de présélection. La réponse à toute demande dont on peut raisonnablement supposer qu'elle intéresse les autres fournisseurs ou entrepreneurs est communiquée, sans indication de l'origine de

la demande, à tous les fournisseurs ou entrepreneurs auxquels l'entité adjudicatrice a envoyé la documentation de présélection.

5. L'entité adjudicatrice prend une décision sur les qualifications de chaque fournisseur ou entrepreneur ayant soumis une demande de présélection. Pour prendre cette décision, elle n'applique que les critères énoncés dans la documentation de présélection.

6. L'entité adjudicatrice fait promptement savoir à chaque fournisseur ou entrepreneur ayant soumis une demande de présélection s'il a ou non été présélectionné et communique à toute personne qui en fait la demande le nom de tous les fournisseurs ou entrepreneurs présélectionnés. Seuls les fournisseurs ou entrepreneurs présélectionnés sont habilités à participer à la suite de la procédure de passation de marché.

7. L'entité adjudicatrice communique sur demande aux fournisseurs ou entrepreneurs qui n'ont pas été présélectionnés le motif de ce rejet, mais elle n'est pas tenue d'indiquer les preuves retenues ni de donner les raisons qui l'ont amenée à conclure qu'il y avait motif à rejet.

8. L'entité adjudicatrice peut exiger qu'un fournisseur ou entrepreneur présélectionné confirme ses qualifications conformément aux critères utilisés pour la présélection dudit fournisseur ou entrepreneur. Elle disqualifie tout fournisseur ou entrepreneur qui ne confirme pas ses qualifications alors qu'il en a été prié. Elle fait promptement savoir à chaque fournisseur ou entrepreneur prié de confirmer ses qualifications si elle juge satisfaisantes les justifications qu'il a produites.

Article 8. *Participation des fournisseurs ou entrepreneurs*

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 justifiant 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 9. *Forme des communications*

1. Sous réserve d'autres dispositions de la présente Loi et de toute condition de forme spécifiée par l'entité adjudicatrice lorsqu'elle sollicite pour la première fois la participation de fournisseurs ou entrepreneurs à une procédure de passation de marché, les documents, notifications, décisions et autres communications visés dans la présente Loi qui doivent être soumis par l'entité adjudicatrice ou l'autorité administrative à un fournisseur ou entrepreneur ou par un fournisseur ou entrepreneur à l'entité adjudicatrice sont présentés sous une forme qui atteste leur teneur.

2. Les communications entre les fournisseurs ou entrepreneurs et l'entité adjudicatrice visées aux articles 7-4 et 6, *11* bis-*3*, 29-2 *a*, 30-1 *d*, 32-1, 35-1, 37-1, *41* bis-*3 et 41* sexies-*4* b *à* f peuvent être faites par un moyen n'attestant pas leur teneur, sous réserve que, immédiatement après, confirmation de la communication soit donnée au destinataire sous une forme attestant la teneur de ladite confirmation.

3. L'entité adjudicatrice ne fait pas de discrimination à l'encontre de fournisseurs ou entrepreneurs en raison de la forme sous laquelle ils communiquent ou reçoivent les documents, notifications, décisions ou autres communications.

Article 10. *Règles concernant les justifications produites par les fournisseurs ou entrepreneurs*

Si l'entité adjudicatrice exige que les pièces produites par les fournisseurs ou entrepreneurs pour justifier de leurs qualifications dans le cadre de la procédure de passation de marché soient authentifiées, 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.

Article 11. *Procès-verbal de la procédure de passation des marchés*

1. L'entité adjudicatrice dresse un procès-verbal de la procédure de passation des marchés où figurent, au minimum, les éléments d'information suivants :

a) Une brève description des biens, travaux ou services requis, ou des besoins pour lesquels l'entité adjudicatrice sollicite des propositions;

b) Le nom et l'adresse des fournisseurs ou entrepreneurs ayant soumis des offres, des propositions ou des prix, et le nom et l'adresse du fournisseur ou entrepreneur avec lequel le marché est conclu et le prix du marché;

c) Des renseignements relatifs aux qualifications, ou à l'insuffisance des qualifications, des fournisseurs ou entrepreneurs qui ont soumis des offres, des propositions ou des prix;

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;

e) Un résumé de l'évaluation et de la comparaison des offres, des propositions ou des prix, y compris l'application de toute marge de préférence conformément aux articles 32-4 *d* et 41 quater-2;

f) Si toutes les offres ont été rejetées en application de l'article *11* bis, une déclaration motivant les rejets, conformément à l'article *11* bis-*1*;

g) 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;

h) Les éléments d'information requis par l'article 13, si une offre, une proposition ou un prix a été rejeté en application de cette disposition;

i) Dans une procédure de passation de marché autre que l'appel d'offres, l'exposé, requis en application de l'article 16-2 et 4, des motifs et des circonstances sur lesquels l'entité adjudicatrice s'est fondée pour justifier le choix de la méthode de passation de marché utilisée;

i bis) *Dans une procédure de passation de marché de services conformément au chapitre IV* bis, *l'exposé, requis en application de l'article 41* sexies-*1* b, *des motifs et des circonstances sur lesquels l'entité adjudicatrice s'est fondée pour justifier la procédure de sélection utilisée*;

j) Dans une procédure de passation de marché où l'entité adjudicatrice, conformément à l'article 8-1, 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;

k) Un résumé des demandes d'éclaircissements concernant la documentation de présélection ou le dossier de sollicitation, les réponses à ces demandes, ainsi qu'un résumé de toute modification de la documentation de présélection ou du dossier de sollicitation.

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 offre, une proposition ou un prix, selon le cas, a été accepté ou après que la procédure de passation de marché a pris fin sans aboutir à la conclusion d'un marché.

3. Sous réserve des dispositions de l'article 31-3, la partie du procès-verbal visée aux alinéas *c* à *g* et *k* du paragraphe 1 du présent article est communiquée, sur demande, aux fournisseurs ou entrepreneurs qui ont soumis des offres, des propositions ou des prix, ou qui ont présenté une demande de présélection, après qu'une offre, une proposition ou un prix a été accepté 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 *c* à *e* et *k* soit faite plus tôt. Toutefois, 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, l'évaluation et la comparaison des offres, des propositions ou des prix, ainsi qu'au montant des offres, des propositions ou des prix, à l'exception du résumé visé à l'alinéa *e* du paragraphe 1.

4. L'entité adjudicatrice n'est pas tenue de verser des dommages-intérêts aux fournisseurs ou 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.

Article 11 *bis*. *Rejet de toutes les offres, de toutes les propositions ou de tous les prix*

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 les documents sollicitant des propositions ou des prix* le spécifient, l'entité adjudicatrice peut rejeter toutes les offres, toutes les *propositions ou tous les prix* à tout moment avant l'acceptation d'une offre, *d'une proposition ou d'un prix*. L'entité adjudicatrice communique à tout fournisseur ou entrepreneur ayant soumis une offre, *une proposition ou un prix* qui en fait la demande, les motifs du rejet de toutes les offres, *toutes les propositions ou tous les prix*, mais elle n'est pas tenue de justifier ces motifs.

2. L'entité adjudicatrice n'encourt aucune responsabilité envers les fournisseurs ou entrepreneurs ayant soumis des offres, *des propositions ou des prix* du simple fait qu'elle invoque le paragraphe 1 du présent article.

3. Un avis de rejet de toutes les offres, *toutes les propositions ou tous les prix* est promptement communiqué à tous les fournisseurs ou entrepreneurs ayant soumis des offres, *propositions ou prix*.

Article 11 *ter*. *Entrée en vigueur du marché**

1. Dans la procédure d'appel d'offres, l'acceptation de l'offre et l'entrée en vigueur du marché s'effectuent conformément à l'article 35.

*L'article 11 *ter* est un nouveau texte.

2. Dans toutes les autres méthodes de passation de marché, le mode d'entrée en vigueur du marché est notifié aux fournisseurs ou entrepreneurs au moment de la sollicitation de propositions ou de prix.

Article 12. *Publication des avis d'attribution de marché*

1. L'entité adjudicatrice publie promptement les avis d'attribution de marché.

2. Les règlements en matière de passation des marchés peuvent spécifier les modalités de publication des avis visés au paragraphe 1.

3. Le paragraphe 1 n'est pas applicable aux marchés dont la valeur est inférieure à [...].

Article 13. *Incitations proposées par des fournisseurs ou entrepreneurs*

(Sous réserve d'approbation par .... (l'État adoptant la Loi type spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation).) 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, à tout fonctionnaire ou employé, ou ancien fonctionnaire 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. Le rejet de l'offre, de la proposition ou du prix et ses motifs sont consignés dans le procès-verbal de la procédure de passation de marché et promptement communiqués au fournisseur ou entrepreneur.

Article 14. *Règles concernant la description des biens, des travaux ou des services*

1. L'entité adjudicatrice ne doit inclure ni utiliser, dans la documentation de présélection, le dossier de sollicitation ou les documents sollicitant des propositions ou des prix, des spécifications, plans, dessins et modèles décrivant les caractéristiques techniques ou les normes de qualité des biens, des travaux *ou des services*, requis, des conditions relatives aux essais et méthodes d'essai, à l'emballage, au marquage ou à l'étiquetage, ou aux certificats de conformité, ni des symboles, des termes *ou une description des services*, qui créent 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. Dans la mesure du possible, les spécifications, plans, dessins, modèles et conditions *ou descriptions des services* sont fondés sur les caractéristiques techniques objectives et normes de qualité pertinentes des biens, des travaux *ou des services* requis. Ils ne stipulent ni ne mentionnent de marque commerciale, appellation, brevet, conception, type, origine ou producteur particuliers, à moins qu'il n'y ait aucun autre moyen suffisamment précis ou intelligible de décrire les caractéristiques des biens, des travaux *ou des services* requis et à condition que soient inclus des mots tels que "ou l'équivalent".

3. *a)* Pour la formulation des spécifications, plans, dessins et modèles, la documentation de présélection, le dossier de sollicitation ou les documents sollicitant des propositions ou des prix utilisent, lorsqu'ils existent, des expressions, conditions, symboles et termes normalisés relatifs aux caractéristiques techniques et normes de qualité des biens, des travaux *ou des services* requis;

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 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, du dossier de sollicitation, ou des autres documents sollicitant des propositions ou des prix.

Article 15. *Langue à utiliser*

La documentation de présélection, le dossier de sollicitation et les documents sollicitant des propositions ou des prix 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 :

a) La participation à la procédure de passation de marché est limitée aux fournisseurs ou entrepreneurs nationaux en application de l'article 8-1; ou

b) L'entité adjudicatrice estime, au vu de la faible valeur des biens, des travaux ou des services requis, que seuls des fournisseurs ou entrepreneurs nationaux sont susceptibles d'être intéressés par le marché.

CHAPITRE II. MÉTHODES DE PASSATION DES MARCHÉS ET CONDITIONS D'UTILISATION DE CES MÉTHODES

Article 16. *Méthodes de passation des marchés*

1. Sauf disposition contraire du présent chapitre, une entité adjudicatrice désireuse de passer un marché *de biens ou de travaux* recourt à la procédure de l'appel d'offres.

2. *Pour la passation d'un marché de biens ou de travaux*, l'entité adjudicatrice ne peut utiliser une méthode de passation des marchés autre que l'appel d'offres qu'en application des articles 17, 18, 19 ou 20.

3. *Pour la passation d'un marché de services, l'entité adjudicatrice recourt aux procédures énoncées à l'article 39* bis, *sauf si elle considère :*

a) *Qu'il est possible de formuler des spécifications détaillées et qu'une procédure d'appel d'offres serait plus appropriée compte tenu de la nature des services requis; ou*

b) *Qu'il serait plus approprié (,sous réserve d'approbation par ... (l'État adoptant la Loi type spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation),) d'utiliser une des méthodes visées aux articles 17 à 20, pour autant que les conditions à remplir pour l'utilisation de cette méthode soient satisfaites.*

4. L'entité adjudicatrice inclut dans le procès-verbal prévu à l'article 11 un exposé des motifs et circonstances sur lesquels elle s'est fondée pour justifier le recours à une méthode de passation des marchés en application des paragraphes 2 ou 3 a *ou* b.

Article 17. *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*

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 conformément à l'article 36, à la sollicitation de propositions conformément à l'article 38 ou à la négociation avec appel à la concurrence conformément à l'article 39, dans les circonstances suivantes :

a) L'entité adjudicatrice est dans l'impossibilité de formuler des spécifications détaillées pour les biens ou les travaux, *ou, dans le cas des services, de définir les caractéristiques qu'ils doivent posséder* 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; ou,

ii) En raison du caractère technique des biens ou des travaux, *ou de la nature des services*, 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 de biens dans des quantités suffisantes pour assurer leur viabilité commerciale ou amortir les frais de recherche-développement;

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

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 *11* bis, 13 ou 32-3, et juge improbable qu'une nouvelle procédure d'appel d'offres aboutisse à la conclusion d'un marché.

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) 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.

Article 18. *Conditions d'utilisation de l'appel d'offres restreint*

(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 à l'article 37, lorsque :

a) Les biens, les travaux *ou les services*, de par leur nature extrêmement complexe ou spécialisée, ne sont disponibles qu'auprès d'un nombre 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 des biens, des travaux *ou des services* requis.

Article 19. *Conditions d'utilisation de la procédure de sollicitation de prix*

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 à l'article 40 pour se procurer des biens *ou des services* immédiatement disponibles qui ne sont pas produits *ou fournis* spécialement pour répondre à ses spécifications 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.

Article 20. *Conditions d'utilisation de la procédure de sollicitation d'une source unique*

1. (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 conformément à l'article 41 dans les cas suivants :

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*, et il n'existe aucune solution de remplacement raisonnable;

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;

d) 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;

e) 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; ou

f) 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 sollicitation d'une source unique est la méthode qui convient le mieux pour la passation du marché.

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 32-4 *c* iii *ou 41* quater-*1* d, à condition qu'il soit impossible de promouvoir cette politique en attribuant le marché à un autre fournisseur ou entrepreneur.

CHAPITRE III. PROCÉDURE D'APPEL D'OFFRES

Section I. Sollicitation d'offres et de demandes de présélection

Article 21. *Appel d'offres national*

Dans une procédure de passation de marché,

a) Lorsque la participation est limitée aux fournisseurs ou entrepreneurs nationaux conformément à l'article 8-1, ou

b) Lorsque, en raison de la faible valeur des biens, des travaux *ou des services* requis, elle juge que seuls des fournisseurs ou entrepreneurs nationaux sont susceptibles de souhaiter soumettre des offres, l'entité adjudicatrice n'est pas tenue de recourir aux procédures prévues aux articles 22-2, 23-1 *h* et *i*, 23-2 *c* et *d*, 25 *j*, *k* et *s* et 30-1 *c* de la présente Loi.

Article 22. *Procédures de sollicitation des offres ou des demandes de présélection*

1. L'entité adjudicatrice sollicite des offres ou, le cas échéant, des demandes de présélection en faisant publier une invitation à soumettre une offre ou une invitation à présenter une demande de présélection, selon le cas, dans ... (l'État adoptant la Loi type spécifie le journal officiel ou autre publication officielle dans lequel l'invitation à soumettre une offre ou à présenter une demande de présélection doit être publiée).

2. L'invitation à soumettre une offre ou 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 ou professionnelle de grande diffusion internationale.

Article 23. *Teneur de l'invitation à soumettre une offre et de l'invitation à présenter une demande de présélection*

1. L'invitation à soumettre une offre comporte, au minimum, les renseignements suivants :

a) Le nom et l'adresse de l'entité adjudicatrice;

b) La nature, la quantité et le lieu de livraison des biens à fournir, la nature et l'emplacement des travaux à effectuer, *ou la nature des services et le lieu où ils doivent être fournis*;

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*;

d) Les critères et procédures qui seront utilisés pour évaluer les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs, conformément à l'article 6-1 *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 8-1, 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.

2. L'invitation à présenter une demande de présélection comporte, au minimum, les renseignements visés au paragraphe 1 ci-dessus, alinéas *a* à *e*, *g*, *h* et *j*, si les renseignements demandés dans ce dernier alinéa sont déjà connus, ainsi que les renseignements suivants :

a) Les modalités d'obtention de la documentation de présélection et le lieu où elle peut être obtenue;

b) Le prix demandé, le cas échéant, par l'entité adjudicatrice pour la fourniture de la documentation de présélection;

c) La monnaie et les modalités de paiement de la documentation de présélection;

d) La ou les langues dans lesquelles la documentation de présélection est disponible;

e) Le lieu et la date limite de soumission des demandes de présélection.

Article 24. *Communication du dossier de sollicitation*

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 l'impression du dossier et de sa distribution aux fournisseurs ou entrepreneurs.

Article 25. *Teneur du dossier de sollicitation*

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 6, relatifs à l'évaluation des qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs et à la confirmation des qualifications en application de l'article 32-6;

c) Les pièces ou autres éléments d'information exigés des fournisseurs ou entrepreneurs pour justifier de leurs qualifications;

d) La nature, et les caractéristiques techniques et qualitatives que doivent présenter, conformément à l'article 14, 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*;

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 prix à utiliser conformément à l'article 32-4 *b*, *c* ou *d* et leur coefficient de pondération;

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 des biens, des travaux *ou des services*, 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 des biens, des travaux *ou des services* requis, 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 des biens, des travaux *ou des services*, 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 27, 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, 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 28;

o) Les modalités selon lesquelles, en application de l'article 26, 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 29;

q) Le lieu, la date et l'heure d'ouverture des offres, conformément à l'article 31;

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, 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 42 ni n'engagera la responsabilité de l'entité adjudicatrice;

u) Le nom, le titre fonctionnel et l'adresse d'un ou plusieurs fonctionnaires 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 42 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 *11* bis, 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 35 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.

Article 26. *Clarification et modification du dossier de sollicitation*

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. A 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 27. *Langue des offres*

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 28. *Soumission des offres*

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 26, 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. *a)* Sous réserve de l'alinéa *b*, les offres sont soumises par écrit, sont signées, et sont placées dans une enveloppe scellée;

b) Sans préjudice du droit des fournisseurs ou entrepreneurs de soumettre leurs offres sous la forme visée à l'alinéa *a*, les offres peuvent également être soumise sous toute autre forme, spécifiée dans le dossier de sollicitation, qui en atteste la teneur et qui assure au moins un degré similaire d'authenticité, de sécurité et de confidentialité;

c) L'entité adjudicatrice délivre, sur demande, aux fournisseurs ou entrepreneurs un reçu indiquant la date et l'heure auxquelles leur offre a été reçue.

6. Une offre reçue par l'entité adjudicatrice après la date limite de soumission des offres n'est pas ouverte et est renvoyée au fournisseur ou entrepreneur qui l'a soumise.

Article 29. *Période de validité des offres; modification et retrait des offres*

1. Les offres restent valides pendant la période spécifiée dans le dossier de sollicitation.

2. *a)* Avant l'expiration de la période de validité des offres, l'entité adjudicatrice peut demander aux fournisseurs ou entrepreneurs une prorogation jusqu'à une date qu'elle spécifie. Tout fournisseur ou entrepreneur peut refuser cette prorogation sans perdre sa garantie de 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.

Article 30. *Garanties de soumission*

1. Lorsque l'entité adjudicatrice demande une garantie de soumission aux fournisseurs ou entrepreneurs soumettant une offre :

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 Etat 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 Etat);

d) Avant de soumettre une offre, 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;

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 soumettant l'offre ne peuvent concerner que :

i) Le retrait ou la modification de l'offre après la date limite de soumission des offres, 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 l'offre, 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 d'appel d'offres sans entrée en vigueur d'un marché;

d) Le retrait de l'offre avant la date limite de soumission des offres, à moins que l'interdiction d'un tel retrait ne soit spécifiée dans le dossier de sollicitation.

Section III. Évaluation et comparaison des offres

Article 31. *Ouverture des offres*

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.

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 11.

Article 32. *Examen, évaluation et comparaison des offres*

1. *a)* L'entité adjudicatrice peut prier les fournisseurs ou entrepreneurs de donner des éclaircissements sur leur offre, afin d'en faciliter l'examen, l'évaluation et la comparaison. Aucune modification quant au fond, notamment une modification du prix ou des modifications visant à rendre conforme une offre non conforme, ne sera demandée, proposée ni autorisée;

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;

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 n'accepte pas une offre :

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;

d) Dans les circonstances visées à l'article 13.

4. *a)* L'entité adjudicatrice évalue et compare les offres qui ont été acceptées afin de déterminer l'offre à retenir, telle qu'elle est définie à l'alinéa *b* du présent paragraphe, 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'alinéa *d* du présent paragraphe; ou

ii) Si l'entité adjudicatrice l'a stipulé dans le dossier de sollicitation, l'offre la plus basse selon l'évaluation effectuée sur la base de critères spécifiés dans le dossier de sollicitation, critères qui seront, dans la mesure du possible, objectifs et quantifiables et qui seront affectés d'un coefficient de pondération dans la procédure d'évaluation ou seront exprimés en termes pécuniaires, dans la mesure du possible;

c) Pour déterminer l'offre la plus basse selon l'évaluation visée à l'alinéa *b* ii du présent paragraphe, l'entité adjudicatrice ne peut tenir compte que des éléments suivants :

i) Le prix soumissionné, sous réserve de toute marge de préférence appliquée conformément à l'alinéa *d* du présent paragraphe;

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 des biens, des travaux *ou des services*;

iii) L'effet que l'acceptation d'une offre aurait sur l'état de la balance des paiements et les réserves en devises [du présent État], les arrangements d'échanges compensés proposés par les fournisseurs ou entrepreneurs, l'ampleur du contenu local dans les biens, travaux *ou services* proposés par les fournisseurs ou entrepreneurs, notamment pour ce qui est de la fabrication, de la main-d'œuvre et des matériaux, les possibilités de développement économique que comportent les offres, notamment les investissements locaux ou autres activités commerciales locales, la promotion de l'emploi, le fait que certaines activités de production seront réservées à des fournisseurs locaux, le transfert de technologie et le développement des compétences en matière de gestion, et des com-

pétences scientifiques et opérationnelles [... (l'État adoptant la Loi type peut développer l'alinéa iii en y ajoutant des critères supplémentaires)]; et

iv) Des considérations liées à la défense et à la sécurité nationales;

d) Si les règlements en matière de passation des marchés le permettent, (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 offres, accorder une marge de préférence aux offres de travaux soumises par des entrepreneurs nationaux ou aux offres de biens produits localement *ou aux fournisseurs nationaux de services*. La marge de préférence est calculée conformément aux règlements en matière de passation des marchés et est mentionnée dans le procès-verbal de la procédure de passation du marché.

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 25, 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 7, 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 6. 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 *11 bis 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 de l'article 11.

Article 33. *Rejet de toutes les offres* [déplacé à l'article 11 *bis*]

Article 34. *Interdiction des négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs*

Aucune négociation n'a lieu entre l'entité adjudicatrice et un fournisseur ou entrepreneur au sujet d'une offre soumise par ledit fournisseur ou entrepreneur.

Article 35. *Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché*

1. Sous réserve des articles *11* bis et 32-7, l'offre dont il a été déterminé qu'elle est l'offre à retenir conformément à l'article 32-4 *b* est acceptée. L'entrepreneur ou fournisseur ayant soumis l'offre est avisé promptement que son offre a été acceptée.

2. *a)* Nonobstant les dispositions du paragraphe 4 du présent article, le dossier de sollicitation peut stipuler que le fournisseur ou entrepreneur dont l'offre a été acceptée doit signer un marché écrit conforme à cette offre. Dans de tels cas, l'entité adjudicatrice (le ministère compétent) et le fournisseur ou entrepreneur signent le marché dans un délai raisonnable après que l'avis visé au paragraphe 1 du présent article a été expédié au fournisseur ou entrepreneur;

b) Sous réserve des dispositions du paragraphe 3 du présent article, lorsqu'un marché écrit doit être signé en application de l'alinéa *a* du présent paragraphe, le marché entre en vigueur lorsqu'il est signé par le fournisseur ou entrepreneur et par l'entité adjudicatrice. Entre le moment où l'avis prévu au paragraphe 1 est expédié au fournisseur ou entrepreneur et l'entrée en vigueur du marché, ni l'entité adjudicatrice ni le fournisseur ou entrepreneur ne prennent de mesures qui puissent compromettre l'entrée en vigueur du marché ou son exécution.

3. 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 de l'offre, 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 offres spécifiée dans le dossier de sollicitation en application de l'article 29-1 ou de la période de validité des garanties de soumission pouvant être requises en application de l'article 30-1.

4. Sous réserve des dispositions des paragraphes 2 *b* et 3 du présent article, un marché conforme aux conditions de l'offre acceptée entre en vigueur lorsque l'avis mentionné au paragraphe 1 du présent article a été expédié au fournisseur ou entrepreneur ayant soumis l'offre, à condition qu'il soit expédié pendant que l'offre est en cours de validité. L'avis est expédié lorsqu'il est dûment adressé ou envoyé et transmis de toute autre manière au fournisseur ou entrepreneur, ou remis à une autorité compétente pour transmission au fournisseur ou entrepreneur, par un mode de communication autorisé par l'article 9.

5. Si le fournisseur ou entrepreneur dont l'offre 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 l'offre à retenir, conformément à l'article 32-4, parmi les offres valides restantes, étant entendu qu'elle conserve le droit, conformément à l'article *11* bis *1*, de rejeter toutes les offres restantes. L'avis prévu au paragraphe 1 du présent article est donné au fournisseur ou entrepreneur ayant soumis cette offre.

6. Dès l'entrée en vigueur du marché et la présentation par le fournisseur ou 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 entrepreneur ayant conclu le marché et le prix de ce dernier, est communiqué aux autres fournisseurs ou entrepreneurs.

CHAPITRE IV. PASSATION DES MARCHÉS PAR D'AUTRES MÉTHODES QUE LA PROCÉDURE D'APPEL D'OFFRES

Article 36. *Appel d'offres en deux étapes*

1. Les dispositions du chapitre III de la présente Loi s'appliquent aux procédures d'appel d'offres en deux étapes, sauf dans la mesure où le présent article déroge auxdites dispositions.

2. Dans le dossier de sollicitation, les fournisseurs ou entrepreneurs sont priés de soumettre, durant la première étape de la procédure d'appel d'offres en deux étapes, des offres initiales contenant leurs propositions, sans prix soumissionné. Le dossier de sollicitation peut solliciter des propositions en ce qui concerne tant les

caractéristiques techniques, qualitatives ou autres des biens, des travaux *ou des services* que les conditions contractuelles de leur 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 *11* bis, 13 ou 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 spécifications d'un cahier des charges. Lorsqu'elle définit ces spécifications, l'entité adjudicatrice peut supprimer ou modifier tout aspect, initialement prévu dans le dossier de sollicitation, des caractéristiques techniques ou qualitatives des biens, travaux *ou services* requis 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*.

Article 37. *Appel d'offres restreint*

1. *a)* Lorsque l'entité adjudicatrice lance un appel d'offres restreint pour des motifs visés à l'alinéa *a* de l'article 18, elle sollicite des offres de tous les fournisseurs ou entrepreneurs auprès desquels les biens, travaux *ou services* requis peuvent être obtenus;

b) Lorsque l'entité adjudicatrice lance un appel d'offres restreint pour des motifs visés à l'alinéa *b* de l'article 18, 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.

2. Lorsque l'entité adjudicatrice lance un appel d'offres restreint, elle fait publier un avis d'appel d'offres restreint dans ... (l'État adoptant la Loi type spécifie le journal officiel ou autre publication officielle dans lequel l'avis doit être publié).

3. Les dispositions du chapitre III de la présente Loi, à l'exception de l'article 22, s'appliquent à la procédure d'appel d'offres restreint, sauf dans la mesure où le présent article déroge auxdites dispositions.

Article 38. *Sollicitation de propositions*

1. La sollicitation de propositions est adressée à autant de fournisseurs ou entrepreneurs que possible, mais à trois au moins si possible.

2. L'entité adjudicatrice publie dans un journal de grande diffusion internationale ou dans une publication spécialisée appropriée ou une revue technique *ou professionnelle* de grande diffusion internationale un avis demandant aux fournisseurs ou entrepreneurs qui pourraient souhaiter soumettre une proposition de se faire connaître, à moins qu'elle ne juge qu'il n'est pas souhaitable de publier un tel avis pour des raisons d'économie ou d'efficacité; ledit avis ne confère aucun droit aux fournisseurs ou entrepreneurs et, en particulier, il ne les autorise pas à exiger qu'une proposition soit évaluée.

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.

4. 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 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; 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.

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;

b) Sous réserve des dispositions de l'article 11, 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;

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. A 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 :

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.

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.

Article 39. *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. 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 11, 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.

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.

Article 40. *Sollicitation de prix*

1. 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 biens *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.

2. Chaque fournisseur ou entrepreneur n'est autorisé à donner qu'un seul prix et n'est pas autorisé à le modifier. Il ne peut pas y avoir de négociations entre l'entité adjudicatrice et le fournisseur ou entrepreneur au sujet d'un prix donné par ledit fournisseur ou entrepreneur.

3. Le marché est attribué au fournisseur ou entrepreneur qui a fait l'offre au prix le plus bas répondant aux besoins de l'entité adjudicatrice.

Article 41. *Sollicitation d'une source unique*

Dans les circonstances énoncées à l'article 20, l'entité adjudicatrice peut se procurer les biens, les travaux *ou les services* en sollicitant une proposition ou un prix d'un fournisseur ou entrepreneur unique.

*CHAPITRE IV bis. SOLLICITATIONS DE PROPOSITIONS RELATIVES A DES SERVICES**

Article 41 *bis*. *Sollicitation de propositions*

1. L'entité adjudicatrice sollicite des propositions relatives à des services ou, le cas échéant, des demandes de présélection en faisant publier un avis demandant aux fournisseurs ou entrepreneurs qui pourraient souhaiter soumettre une proposition ou une demande de présélection, selon le cas, de se faire connaître dans ... (l'État adoptant la Loi type spécifie le journal officiel ou autre publication officielle dans lequel l'avis doit être publié). L'avis doit contenir, au minimum, le nom et l'adresse de l'entité adjudicatrice, une brève description des services requis, les modalités d'obtention de la sollicitation de propositions ou de la documentation de présélection, et le prix demandé, le cas échéant, pour la sollicitation de propositions ou pour la documentation de présélection.

2. L'avis doit également être publié, dans une langue d'usage courant dans le commerce international, dans un journal de grande diffusion internationale ou dans une publication spécialisée ou professionnelle appropriée de grande diffusion internationale, sauf lorsque la participation est limitée aux fournisseurs ou entrepreneurs nationaux conformément à l'article 8-1 ou lorsque, en raison de la faible valeur des services requis, l'entité adjudicatrice estime que seuls des fournisseurs ou entrepreneurs nationaux sont susceptibles de souhaiter soumettre une proposition.

3. L'entité adjudicatrice n'est pas tenue d'appliquer les dispositions des paragraphes 1 et 2 du présent article :

a) Lorsque les services requis ne sont disponibles qu'auprès d'un nombre limité de fournisseurs ou entrepreneurs connus d'elle, à condition qu'elle sollicite des propositions de tous ces fournisseurs ou entrepreneurs; ou

b) Lorsque le temps qu'il faudrait passer et les frais qu'il faudrait engager pour examiner et évaluer un grand nombre de propositions seraient disproportionnés par rapport à la valeur des services requis, à condition qu'elle sollicite des propositions d'un nombre suffisant de fournisseurs ou entrepreneurs pour assurer une véritable concurrence; ou

c) Lorsqu'en raison de la nature des services requis, il n'est possible de promouvoir l'économie et l'efficacité dans la passation du marché qu'au moyen de la sollicitation directe, à condition qu'elle sollicite des propositions d'un nombre suffisant de fournisseurs ou entrepreneurs pour assurer une véritable concurrence.

4. L'entité adjudicatrice distribue la sollicitation de propositions, ou la documentation de présélection, aux fournisseurs ou entrepreneurs conformément aux procédures et dans les conditions spécifiées dans l'avis. Le prix qu'elle peut demander pour la sollicitation de propositions ou pour la documentation de présélection ne doit refléter que le coût de leur impression et de leur distribution aux fournisseurs ou entrepreneurs. Si une procédure de présélection a été ouverte, elle distribue la sollicitation de propositions à chaque fournisseur ou entrepreneur qui a été présélectionné et qui acquitte le prix éventuellement demandé.

Article 41 *ter*. *Teneur des sollicitations de propositions relatives à des services*

La sollicitation de propositions comporte, au minimum, les renseignements suivants :

a) Le nom et l'adresse de l'entité adjudicatrice;

b) La ou les langues dans lesquelles les propositions doivent être établies;

*Le chapitre IV *bis* dans son intégralité est un nouveau texte.

c) Le mode, le lieu et la date limite de soumission des propositions;

d) Si l'entité adjudicatrice se réserve le droit de rejeter toutes les propositions, une mention le précisant;

e) Les critères et procédures, conformément aux dispositions de l'article 6, relatifs à l'évaluation des qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs et à la confirmation des qualifications en application de l'article 7-8;

f) Les pièces ou autres éléments d'information exigés des fournisseurs ou entrepreneurs pour justifier de leurs qualifications;

g) Pour autant qu'elles soient connues, la nature des services requis et les caractéristiques qu'ils doivent présenter, y compris, mais non pas exclusivement, le lieu où ils doivent être fournis et, le cas échéant, le moment où leur fourniture est souhaitée ou requise;

h) Si l'entité adjudicatrice sollicite des propositions concernant divers moyens possibles de répondre à ses besoins;

i) Lorsque les fournisseurs ou entrepreneurs sont autorisés à soumettre des propositions ne portant que sur une partie des services requis, une description de la partie ou des parties pour lesquelles des propositions peuvent être soumises;

j) Lorsque le prix est un critère pertinent, la ou les monnaies dans lesquelles le prix des propositions doit être formulé ou exprimé;

k) Lorsque le prix est un critère pertinent, la manière dont le prix des propositions doit être formulé ou exprimé, y compris une mention indiquant s'il englobera des éléments autres que le coût des services, tels que le remboursement de frais de transport, d'hébergement, d'assurance ou d'utilisation de matériel, ou le remboursement de droits ou de taxes;

l) La méthode choisie en application de l'article 41 *sexies* 1 *a* pour déterminer la proposition à retenir;

m) Les critères qui seront appliqués pour déterminer la proposition à retenir, y compris toute marge de préférence qui sera ménagée conformément à l'article 41 *quater* 2, et le coefficient de pondération dont sera affecté chacun de ces critères;

n) La monnaie qui sera utilisée pour l'évaluation et la comparaison des propositions, et soit le taux de change qui sera appliqué pour la conversion du prix des propositions dans cette monnaie soit une mention précisant que sera appliqué le taux publié par un établissement financier donné en vigueur à une date donnée;

o) Si des variantes par rapport aux caractéristiques des services, aux conditions contractuelles ou autres conditions spécifiées dans la sollicitation de propositions sont autorisées, une mention le précisant et une description de la manière dont les propositions comportant de telles variantes seront évaluées et comparées;

p) Le nom, le titre fonctionnel et l'adresse d'un ou plusieurs fonctionnaires 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;

q) Les modalités selon lesquelles, en application de l'article 41 *quinquies*, les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent demander des éclaircissements sur la sollicitation de propositions, et une mention indiquant si l'entité adjudicatrice a l'intention, à ce stade, d'organiser une réunion de fournisseurs ou entrepreneurs;

r) 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;

s) Des références à la présente Loi, aux règlements en matière de passation des marchés et à d'autres lois et règlements intéressant directement la procédure de passation de marché, 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 42 ni n'engagera la responsabilité de l'entité adjudicatrice;

t) Une notification du droit, prévu à l'article 42, 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;

u) Les formalités qui devront être accomplies, une fois la proposition acceptée, pour que le marché entre en vigueur, y compris, le cas échéant, la signature d'un marché écrit, et l'approbation par une autorité de tutelle ou par le gouvernement, ainsi que le laps de temps sur lequel il faudra compter, à la suite de l'expédition de l'avis d'acceptation, pour obtenir cette approbation;

v) 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 propositions et d'autres aspects de la procédure de passation du marché.

Article 41 *quater*. *Critères d'évaluation des propositions*

1. L'entité adjudicatrice établit les critères d'évaluation des propositions et fixe le coefficient de pondération dont sera affecté chacun de ces critères et la façon dont ces derniers seront appliqués pour l'évaluation des propositions. Ces critères sont notifiés aux fournisseurs ou entrepreneurs dans la sollicitation de propositions et ne peuvent concerner que :

a) Les qualifications, l'expérience, la réputation, la fiabilité et les compétences professionnelles et en matière de gestion du fournisseur ou entrepreneur et de son personnel;

b) La mesure dans laquelle la proposition soumise par le fournisseur ou entrepreneur permettrait de répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice;

c) Le prix de la proposition, sous réserve de toute marge de préférence appliquée conformément au paragraphe 2, y compris tous frais accessoires ou connexes;

d) L'effet que l'acceptation d'une proposition aurait sur la balance des paiements et les réserves en devises (du présent État), le degré de participation de fournisseurs et entrepreneurs locaux, la promotion de l'emploi, le potentiel de développement économique offert par la proposition, le développement du savoir-faire au niveau local, [... (l'État adoptant la Loi type peut inclure dans cet alinéa des critères supplémentaires)];

e) Des considérations liées à la défense et à la sécurité nationales.

2. 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, lorsqu'elle évalue et compare les propositions, ménager, au bénéfice des fournisseurs nationaux de services, une marge de préférence qui sera calculée conformément aux règlements en matière de passation des marchés et mentionnée dans le procès-verbal de la procédure de passation du marché.

Article 41 *quinquies*. *Clarification et modification des sollicitations de propositions*

1. Tout fournisseur ou entrepreneur peut adresser à l'entité adjudicatrice une demande d'éclaircissements sur la sollicitation de propositions. L'entité adjudicatrice y répond s'il reste un laps de temps raisonnable entre la réception de la demande et la date limite de soumissions des propositions. Elle donne sa réponse dans un délai raisonnable de façon à permettre au fournisseur ou entrepreneur de soumettre sa proposition en temps utile et, sans indiquer l'origine de la demande, communique les éclaircissements à tous les fournisseurs ou entrepreneurs auxquels elle a adressé la sollicitation de propositions.

2. A tout moment avant la date limite de soumission des propositions, 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 la sollicitation de propositions en publiant un additif. L'additif est communiqué promptement à tous les fournisseurs ou entrepreneurs auxquels l'entité adjudicatrice a adressé la sollicitation de propositions 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 de la sollicitation de propositions, 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 participant à la procédure de passation du marché afin qu'ils puissent en tenir compte pour l'établissement de leurs propositions.

Article 41 *sexies*. *Procédures de sélection*

1. *a)* Pour déterminer la proposition à retenir, l'entité adjudicatrice utilise la procédure prévue au paragraphe 2, 3 ou 4 du présent article qui a été notifiée aux fournisseurs ou entrepreneurs dans la sollicitation de propositions;

b) Rien dans le présent chapitre n'empêche l'entité adjudicatrice de faire appel, dans la procédure de sélection, à un jury composé d'experts impartiaux.

2. *a)* Lorsqu'elle utilise la procédure prévue au présent paragraphe, l'entité adjudicatrice fixe un seuil et note chacune des propositions, sans tenir compte de son prix, sur la base des critères d'évaluation, des coefficients de pondération dont ils sont affectés et des modalités d'application de ces critères spécifiés dans la sollicitation de propositions. Elle compare alors les prix des propositions qui ont obtenu une note équivalente ou supérieure au seuil fixé.

b) La proposition à retenir est alors :

i) La proposition offrant le prix le plus bas; ou

ii) La proposition recueillant la meilleure évaluation compte tenu à la fois des critères autres que le prix visés à l'alinéa *a* du présent article et du prix.

3. *a)* Lorsqu'elle utilise la procédure prévue au présent paragraphe, l'entité adjudicatrice engage avec les fournisseurs ou entrepreneurs des négociations concernant leurs propositions dont elle peut demander ou autoriser la modification, à condition 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;

b) A l'issue des négociations, l'entité adjudicatrice prie tous les fournisseurs ou entrepreneurs qui restent en compétition de soumettre, au plus tard à une certaine date, leur meilleure offre définitive couvrant tous les aspects de leur proposition;

c) Pour l'évaluation des propositions, le prix est pris en considération séparément et seulement une fois l'évaluation technique achevée;

d) 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.

4. Lorsqu'elle utilise la procédure prévue au présent paragraphe, l'entité adjudicatrice engage des négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs en procédant comme suit :

a) Elle fixe un seuil conformément à l'alinéa *a* du paragraphe 2 du présent article;

b) Elle invite le fournisseur ou entrepreneur qui a obtenu la meilleure note, en application de l'alinéa *a* du paragraphe 2 du présent article, à des négociations sur le prix de sa proposition;

c) Elle informe les fournisseurs ou entrepreneurs qui ont obtenu une note supérieure au seuil fixé qu'ils pourront être appelés à négocier avec elle si les négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs ayant obtenu une note plus élevée n'aboutissent pas à l'attribution du marché;

d) Elle informe les autres fournisseurs ou entrepreneurs qu'ils n'ont pas atteint le seuil requis;

e) S'il lui apparaît que les négociations avec le fournisseur ou entrepreneur invité à négocier en application de l'alinéa *b* du paragraphe 4 du présent article n'aboutiront pas à l'attribution du marché, elle informe ledit fournisseur ou entrepreneur qu'elle met fin aux négociations;

f) L'entité adjudicatrice invite alors à négocier avec elle le fournisseur ou entrepreneur qui a obtenu la deuxième note; si les négociations avec ce fournisseur ou entrepreneur n'aboutissent pas à l'attribution du marché, elle invite à négocier les autres fournisseurs ou entrepreneurs en suivant l'ordre des notes obtenues par ces derniers jusqu'à ce que le marché soit attribué ou que toutes les propositions aient été rejetées.

Article 41 *septies*. *Confidentialité*

L'entité adjudicatrice traite les propositions d'une manière qui évite la divulgation de leur contenu aux fournisseurs ou entrepreneurs en compétition. Toutes les négociations organisées conformément à l'article 41 *sexies* 3 ou 4 sont confidentielles et, sous réserve des dispositions de l'article 11, une partie à ces négociations ne doit révéler à un tiers aucune information technique, aucune information sur les prix ni aucune autre information concernant les négociations sans le consentement de l'autre partie.

CHAPITRE V. RECOURS*

Article 42. *Droit de recours*

1. Sous réserve du paragraphe 2 du présent article, tout fournisseur ou entrepreneur qui déclare avoir subi, ou qui peut subir, une perte ou un dommage causé par la violation d'une obligation imposée à l'entité adjudicatrice par la présente Loi peut introduire un recours conformément aux articles 43 à [47].

2. Ne peuvent faire l'objet du recours prévu au paragraphe 1 du présent article :

a) Le choix d'une méthode de passation des marchés conformément aux articles 16 à 20;

a bis) *Le choix de la procédure d'évaluation dans une sollicitation de propositions relatives à des services en application de l'article 41* sexies;

b) La limitation de la participation à la procédure de passation du marché, conformément à l'article 8 sur la base de la nationalité;

c) *La décision de l'entité adjudicatrice de rejeter la totalité des offres, propositions ou prix conformément à l'article 11* bis;

*Les États promulguant la Loi type souhaiteront peut-être incorporer les articles sur les recours sans changement ou en y apportant le minimum de changements nécessaire pour répondre à des impératifs particuliers. Toutefois, pour des raisons d'ordre constitutionnel ou autres, certains États pourraient souhaiter n'incorporer que certaines des dispositions concernant les recours ou aucune d'elles. En pareil cas, les articles sur les recours pourront leur servir de référence pour évaluer leurs procédures de recours.

d) Le 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 38-2;

e) Une omission visée à l'article 25 *t ou à l'article 41* ter s.

Article 43. *Recours porté devant l'entité adjudicatrice (ou devant l'autorité de tutelle)*

1. A moins que le marché ne soit déjà entré en vigueur, une réclamation est, en première instance, présentée par écrit au responsable de l'entité adjudicatrice. (Toutefois, si la réclamation est fondée sur un acte ou une décision de l'entité adjudicatrice ou sur une procédure qu'elle a appliquée, et que cet acte, cette décision ou cette procédure a été approuvé par une autorité conformément à la présente Loi, la réclamation est soumise au responsable de l'autorité ayant approuvé l'acte, la décision ou la procédure.) Par responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle), on entend aussi dans la présente Loi toute personne désignée par le responsable de l'entité adjudicatrice (ou par le responsable de l'autorité de tutelle, selon le cas).

2. Le responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle) ne tient compte d'une réclamation que si elle a été présentée 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 la motivent ou, au plus tard, à compter du moment où ledit fournisseur ou entrepreneur aurait dû avoir connaissance de ces circonstances.

3. Le responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle) n'a pas à tenir compte d'une réclamation, ou à continuer de tenir compte d'une réclamation, après l'entrée en vigueur du marché.

4. A moins que la réclamation n'ait été réglée par accord entre le fournisseur ou entrepreneur qui en est l'auteur et l'entité adjudicatrice, le responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle) 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 les mesures correctives qui doivent être prises.

5. Si le responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle) ne rend pas sa décision dans le délai visé au paragraphe 4 du présent article, le fournisseur ou entrepreneur qui présente la réclamation (ou l'entité adjudicatrice) pourra immédiatement engager la procédure prévue à l'article [44 ou 47]. Une fois cette procédure engagée, le responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle) ne peut plus connaître de la réclamation.

6. La décision du responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle) est définitive, à moins qu'une procédure ne soit engagée en vertu de l'article [44 ou 47].

Article 44. *Recours administratif**

1. Le fournisseur ou entrepreneur qui est fondé à introduire un recours en application de l'article 42 peut présenter une réclamation à [insérer le nom de l'instance administrative] :

a) Si cette réclamation ne peut être présentée ou examinée en application de l'article 43 en raison de l'entrée en vigueur du marché, et sous réserve qu'elle soit présentée dans un délai de 20 jours à compter du moment où le fournisseur ou entrepreneur qui en est l'auteur a pris 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;

b) Si le responsable de l'entité adjudicatrice ne tient pas compte d'une réclamation parce que le marché est entré en vigueur, sous réserve que la réclamation soit présentée dans un délai de 20 jours après que la décision de ne pas tenir compte de la réclamation a été rendue;

c) En application de l'article 43-5, sous réserve que la réclamation soit présentée dans un délai de 20 jours après l'expiration de la période visée à l'article 43-4; ou

d) Si le fournisseur ou entrepreneur s'estime lésé par une décision du responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle) prise en application de l'article 43, sous réserve que la réclamation soit présentée dans un délai de 20 jours après que ladite décision a été rendue.

2. Dès réception d'une réclamation, le [insérer le nom de l'instance administrative] en avise l'entité adjudicatrice (ou l'autorité de tutelle).

3. Le [insérer le nom de l'instance administrative] peut, sauf s'il déboute le requérant, [accorder] [recommander]* 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, à l'exception de tout acte ou décision entraînant l'entrée en vigueur du marché;

e) Réviser une décision illégale de l'entité adjudicatrice ou lui substituer sa propre décision, à l'exception de toute décision entraînant l'entrée en vigueur du marché;

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.

4. 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.

5. Cette décision est définitive sauf si une action est intentée en vertu de l'article 47.

*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 (art. 47).

*On a décidé d'offrir le choix entre deux variantes afin de tenir compte du cas des États dont les organes compétents ne sont pas habilités à accorder les réparations énumérées ci-dessus, mais peuvent faire des recommandations.

Article 45. *Certaines règles applicables aux procédures de recours en vertu de l'article 43 [et de l'article 44]*

1. Dès la présentation d'une réclamation en application de l'article 43 [ou de l'article 44], le responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle) [, ou le [insérer le nom de l'instance administrative], selon le cas,] avise tous les fournisseurs ou entrepreneurs participant à la procédure de passation du marché sur laquelle porte la réclamation de la présentation de cette réclamation et de son contenu.

2. Chacun de ces fournisseurs ou entrepreneurs ou toute autorité gouvernementale dont les intérêts sont ou pourraient être lésés par la procédure de recours a le droit de participer à cette procédure. Le fournisseur ou entrepreneur qui ne participe pas à la procédure de recours ne peut formuler par la suite de réclamation du même type.

3. Une copie de la décision du responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle) [, ou du [insérer le nom de l'instance administrative], selon le cas,] est remise, dans un délai de cinq jours après que la décision a été rendue, au fournisseur ou entrepreneur qui présente la réclamation, à l'entité adjudicatrice et à tout autre fournisseur ou entrepreneur ou toute autre autorité gouvernementale ayant participé 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.

Article 46. *Suspension de la procédure de passation du marché*

1. La présentation en temps voulu d'une réclamation en application de l'article 43 [ou de l'article 44] entraîne la suspension de la procédure de passation du marché pendant une période de sept jours, 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.

2. Lorsque le marché entre en vigueur, la présentation en temps voulu d'une réclamation en application de l'article 44 entraîne la suspension de l'exécution du marché pendant une période de sept jours, sous réserve que la réclamation remplisse les conditions énoncées au paragraphe 1 du présent article.

3. Le responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle), [, ou le [insérer le nom de l'instance administrative],] peut prolonger la suspension prévue au paragraphe 1 du présent article [et le [insérer le nom de l'instance administrative] peut prolonger la suspension prévue au paragraphe 2 du présent article,] 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 30 jours.

4. La suspension prévue par le présent article ne s'applique pas si 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.

5. Toute décision prise par l'entité adjudicatrice en vertu du 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 47. *Recours judiciaire*

Le [insérer le nom du tribunal ou des tribunaux] est compétent pour connaître des actions intentées conformément à l'article 42 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 43 [ou de l'article 44].

D. Document de travail soumis au Groupe de travail du nouvel ordre économique international à sa dix-septième session : projet d'amendements à apporter à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux pour y incorporer les marchés de services (A/CN.9/WG.V/WP.40) [Original : anglais]

TABLE DES MATIÈRES

Pages

INTRODUCTION 94

PROJET D'AMENDEMENTS A LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA PASSATION DES MARCHÉS DE BIENS ET DE TRAVAUX 94

Préambule 94

CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GÉNÉRALES 95

Article 1er. Champ d'application 95

Article 2. Définitions 95

Article 3. Obligations internationales du présent État touchant la passation des marchés [et accords gouvernementaux au sein (du présent État)] 95

Article 4. Réglementation des marchés 95

		Pages
Article 5.	Accès aux textes juridiques relatifs aux marchés	96
Article 6.	Qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs	96
Article 7.	Procédure de présélection	96
Article 8.	Participation des fournisseurs ou entrepreneurs	97
Article 9.	Forme des communications	98
Article 10.	Règles régissant les pièces fournies par les entrepreneurs ou fournisseurs	98
Article 11.	Procès-verbal de la procédure de passation du marché	98
Article 11 *bis*	Rejet de toutes les offres, propositions ou prix	99
Article 11 *ter*	Entrée en vigueur du marché	99
Article 12.	Publication de l'avis d'attribution du marché	99
Article 13.	Incitations proposées par des fournisseurs ou entrepreneurs	99
Article 14.	Règles concernant la description des biens ou des travaux	99
Article 15.	Langue à utiliser	100
CHAPITRE II.	MÉTHODES DE PASSATION DES MARCHÉS ET CONDITIONS D'UTILISATION DE CES MÉTHODES	100
Article 16.	Méthodes de passation des marchés	100
Article 17.	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	100
Article 18.	Conditions d'utilisations de l'appel d'offres restreint	100
Article 19.	Conditions d'utilisation de la procédure de sollicitation de prix	101
Article 20.	Conditions d'utilisation de la procédure de sollicitation d'une source unique	101
CHAPITRE III.	PROCÉDURE D'APPEL D'OFFRES	101
Section I.	Sollicitation d'offres et de demandes de présélection	101
Article 21.	Appel d'offres national	101
Article 22.	Procédures de sollicitation des offres ou des demandes de présélection	102
Article 23.	Teneur de l'invitation à soumettre une offre et de l'invitation à présenter une demande de présélection	102
Article 24.	Communication du dossier de sollicitation	102
Article 25.	Teneur du dossier de sollicitation	102
Article 26.	Clarification et modification du dossier de sollicitation	103
Section II.	Soumission des offres	104
Article 27.	Langue des offres	104
Article 28.	Soumission des offres	104
Article 29.	Période de validité des offres; modification et retrait des offres	104
Article 30.	Garanties de soumission	104
Section III.	Évaluation et comparaison des offres	105
Article 31.	Ouverture des offres	105
Article 32.	Examen, évaluation et comparaison des offres	105
Article 33.	(placé à l'article 11 *bis*)	106
Article 34.	Interdiction des négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs	106
Article 35.	Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché	106
CHAPITRE IV.	PASSATION DE MARCHÉS PAR D'AUTRES MÉTHODES QUE LA PROCÉDURE D'APPEL D'OFFRES	107
Article 36.	Appel d'offres en deux étapes	107
Article 37.	Appel d'offres restreint	107
Article 38.	Sollicitation de propositions	107
Article 39.	Négociation avec appel à la concurrence	108
Article 39 *bis*	[Sollicitation de propositions relatives à des services] [Procédures spéciales pour la sollicitation de propositions relatives à des services] [Procédure spéciale relative aux marchés de services]	109

		Pages
Article 40.	Sollicitation de prix	110
Article 41.	Sollicitation d'une source unique	110
CHAPITRE V.	RECOURS	111
Article 42.	Droit de recours	111
Article 43.	Recours porté devant l'entité adjudicatrice (ou devant l'autorité de tutelle)	111
Article 44.	Recours administratif	111
Article 45.	Certaines règles applicables aux procédures de recours en vertu de l'article 43 [et de l'article 44]	112
Article 46.	Suspension de la procédure de passation du marché	112
Article 47.	Recours judiciaire	113

INTRODUCTION

1. A sa vingt-sixième session, après avoir adopté la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux, la Commission a prié le Groupe de travail du nouvel ordre économique international d'établir un projet de dispositions types sur la passation des marchés de services. A sa seizième session, le Groupe de travail a identifié et discuté les modifications et additions qui pourraient être apportées à la Loi type pour qu'elle comprenne les marchés de services. Après ses délibérations, le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'établir une version révisée de la Loi type reflétant les délibérations et décisions de la seizième session (A/CN.9/389, par. 9).

2. En établissant le présent texte, le Secrétariat s'est efforcé d'y incorporer toutes les suppressions, modifications et additions dont le Groupe de travail est convenu à sa seizième session, y compris celles au sujet desquelles le Groupe de travail a décidé qu'elles devaient être examinées plus avant à sa dix-septième session. Les modifications et additions à la Loi type sont en italique dans le texte; pour des raisons de présentation, tous les titres des articles sont aussi en italique. Dans les quelques cas où le Secrétariat a estimé que les modifications ou additions proposées soulevaient des questions qui devaient être portées à l'attention du Groupe de travail, ces questions ont été indiquées dans des notes figurant à la suite des articles intéressés. Cependant, pour tenir compte des instructions récentes relatives à la limitation de la documentation de l'Organisation des Nations Unies, ces notes ont été limitées au minimum.

3. Le présent texte permet au Groupe de travail d'examiner une version consolidée de la Loi type couvrant les marchés de biens et de travaux ainsi que les marchés de services. On notera cependant qu'en raison de l'addition d'un article 39 *bis* assez long, qui propose une méthode de passation des marchés propre aux services tout en laissant la faculté d'utiliser pour les services les méthodes existantes, la Loi type est apparemment plus complexe. En examinant le présent texte, le Groupe de travail voudra peut-être envisager des approches de nature à aboutir à un résultat moins complexe. Peut-être voudra-t-il en particulier considérer si mieux vaudrait modifier les articles 16 et 17 de manière à exclure les services de la règle générale faisant de l'appel d'offres la méthode préférée de passation des marchés. Selon cette approche, les éléments essentiels de l'actuel article 39 *bis* seraient incorporés dans les méthodes de passation des marchés existantes, en particulier la sollicitation de propositions (art. 38). L'article 38 modifié, qui pourrait incorporer des procédures d'évaluation spéciales pour les services, pourrait alors être désigné comme étant la méthode préférée de passation des marchés de services. Une telle approche permettrait peut-être de garder dans la Loi type les procédures spéciales pour les services sans avoir à ajouter une autre méthode de passation des marchés.

PROJET D'AMENDEMENTS A LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA PASSATION DES MARCHÉS DE BIENS ET DE TRAVAUX

Préambule

CONSIDÉRANT qu'il est souhaitable de réglementer la passation des marchés de biens, de travaux *et de services* afin de promouvoir les objectifs suivants :

a) Faciliter au maximum l'économie et l'efficacité dans la passation des marchés;

b) Promouvoir et encourager la participation à la procédure de passation des marchés de fournisseurs et d'entrepreneurs, notamment, le cas échéant, la participation de fournisseurs et d'entrepreneurs sans distinction de nationalité, et promouvoir ainsi le commerce international;

c) Promouvoir la concurrence entre les fournisseurs et entrepreneurs pour la fourniture des biens, l'exécution des travaux ou la fourniture des services requis;

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, ainsi que la confiance en ce processus;

f) Assurer la transparence des procédures de passation des marchés,

Le [Gouvernement] [Parlement] ... adopte la Loi ci-après.

Chapitre premier. Dispositions générales

Article premier. *Champ d'application*

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) à la passation de marchés intéressant la défense nationale ou la sécurité nationale;

b) ... (l'État adoptant la Loi type peut spécifier dans la présente Loi d'autres catégories de marchés à exclure);

c) à la passation de marchés d'une catégorie exclue dans la réglementation des marchés.

3. La présente Loi s'applique à toutes les 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 lors de leur première demande de participation à la procédure de passation d'un marché.

* * *

Article 2. *Définitions*

Aux fins de la présente Loi :

a) Les mots "passation d'un marché" désignent l'acquisition *à titre onéreux de biens, de travaux ou de services*;

b) Les mots "entité adjudicatrice" désignent :

i) *Option I pour l'alinéa i*

tout département, organisme, organe ou autre service gouvernemental du présent État, ou toute subdivision de l'un d'entre eux, qui passe des marchés, sauf ...; (et)

Option II pour l'alinéa i

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 insérer dans le présent alinéa et, si nécessaire, dans d'autres alinéas, le nom des autres entités ou entreprises, ou catégories d'entités ou d'entreprises, devant être incluses dans la définition des mots "entité adjudicatrice");

c) Le mot "biens" *désigne* des objets de toute nature *y compris* les matières premières, produits, équipements et objets sous forme solide, liquide ou gazeuse, et l'électricité, *ainsi que les services connexes à la fourniture de biens si la valeur de ces services ne dépasse celle des biens eux-mêmes*; (l'État adoptant la Loi type peut inclure des catégories supplémentaires de biens);

d) Le mot "travaux" désigne toutes les activités liées 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, telles 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 activités de forage, de cartographie, de photographie par satellite, les études sismiques et les activités similaires connexes auxdites activités si elles sont fournies dans le cadre du marché;

d bis) *Le mot "services" désigne [tout ce] [tout produit] qui n'est ni biens ni travaux; (l'État adoptant la Loi type peut mentionner certaines catégories de services)*[1];

e) Les mots "fournisseur ou entrepreneur" désignent, selon le contexte, toute partie potentielle ou la partie à un marché passé avec l'entité adjudicatrice;

f) Le mot "marché" désigne un contrat conclu entre l'entité adjudicatrice et un fournisseur ou entrepreneur à la suite d'une procédure de passation d'un marché;

g) Les mots "garantie de soumission" désignent une garantie donnée à l'entité adjudicatrice pour garantir l'exécution de toute obligation visée à l'alinéa 1 *f* de l'article 27 et englobent des mécanismes 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;

h) Le mot "monnaie" englobe les unités de compte monétaires.

[1] Cette définition a été ajoutée en application du paragraphe 25 du document A/CN.9/389. Cependant, le Groupe de travail voudra peut-être examiner à nouveau s'il est souhaitable ou nécessaire de garder la définition du mot "services", définition qui pourrait faire naître des doutes quant au champ d'application de la Loi type.

* * *

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

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 il est partie avec un ou plusieurs autres États;

b) tout accord conclu par le présent État avec une institution internationale intergouvernementale de financement;

c) tout accord entre le gouvernement fédéral [nom de l'État fédéral] et toute subdivision ou toutes subdivisions [nom de l'État fédéral], ou entre deux desdites subdivisions ou plus,) les conditions du traité ou de l'accord prévalent; mais, à tous autres égards, la passation des marchés est régie par la présente Loi.

* * *

Article 4. *Réglementation des marchés*

Le ... (L'État adoptant la Loi type spécifie l'organe ou autorité habilité à promulguer la réglementation des marchés) est autorisé à promulguer la réglementation des marchés ayant pour objet d'atteindre les objectifs de la présente Loi et de donner suite à ses dispositions.

* * *

Article 5. *Accès aux textes juridiques relatifs aux marchés*

Les textes de la présente Loi, de la réglementation des marchés et de toutes les décisions et directives administratives d'application générale relatives aux marchés régis par la présente Loi, ainsi que toutes les modifications auxdits textes, sont promptement mis à la disposition du public et systématiquement tenus à jour en vue de leur consultation.

* * *

Article 6. *Qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs*

1. *a)* 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 d'un marché;

b) Afin de participer à la procédure de passation d'un marché, les fournisseurs ou entrepreneurs doivent se qualifier en satisfaisant aux critères que l'entité adjudicatrice jugera appropriés pour la procédure en question, afin de garantir :

i) Qu'ils possèdent *les qualifications professionnelles*, les compétences *professionnelles et* techniques, les ressources financières, les équipements et autres moyens matériels, les compétences en matière de gestion, la fiabilité, l'expérience, la réputation et le personnel nécessaires pour exécuter le marché;

ii) Qu'ils sont légalement habilités à conclure le marché;

iii) Qu'ils ne sont pas en situation d'insolvabilité, de règlement judiciaire, de faillite ou de liquidation, que leurs affaires ne sont pas gérées par un tribunal ou un administrateur judiciaire, que leurs activités commerciales n'ont pas été suspendues et qu'ils ne font pas l'objet d'une procédure judiciaire pour l'une des raisons mentionnées ci-dessus;

iv) Qu'ils se sont acquittés de leurs obligations en matière d'impôts ou de cotisations sociales dans le présent État;

v) Qu'ils n'ont pas été, non plus que leurs directeurs ou leurs préposés, condamnés pour un délit pénal lié 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 du marché, ou n'ont pas 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 la procédure de passation d'un 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 aucun critère, condition ou procédure concernant les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs, 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 dans la documentation de présélection, le cas échéant, et dans le dossier de sollicitation ou tout autre document sollicitant des propositions ou des prix.

5. Sous réserve des dispositions des articles 8-1 et 32-4 *d*, l'entité adjudicatrice n'impose aucun critère, condition ou procédure, en ce qui concerne les *conditions à remplir par les* 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.*

6. *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 7. *Procédure de présélection*

1. L'entité adjudicatrice peut ouvrir une procédure de présélection en vue d'identifier, avant la soumission des offres ou des propositions dans le cadre de la procédure de passation d'un marché menée conformément au chapitre III ou IV, les fournisseurs ou entrepreneurs qui sont qualifiés. Les dispositions de l'article 6 s'appliquent à la procédure de présélection.

2. Si l'entité adjudicatrice ouvre une procédure de présélection, elle fournit un exemplaire de la documentation de présélection à chaque fournisseur ou entrepreneur qui en fait la demande conformément à l'invitation à présenter une demande de présélection et qui, le cas échéant, en acquitte le

prix. Le prix que l'entité adjudicatrice peut demander pour la documentation de présélection ne doit refléter que le coût de l'impression de ladite documentation et de sa distribution aux fournisseurs ou entrepreneurs.

3. La documentation de présélection contient, au minimum :

a) i) Dans la procédure d'appel d'offres, les renseignements devant être spécifiés dans l'invitation à soumettre une offre conformément à l'article 23-1, alinéas *a* à *e*, *h* et *j*, si les renseignements visés dans ce dernier alinéa sont déjà connus;

ii) *Dans la procédure de sollicitation de propositions, les renseignements visés à l'article 38-4* a;

iii) *Dans la procédure (de sollicitation de propositions de services), les renseignements visés à l'article 39 bis-4;*

b) Les renseignements suivants :

i) Instructions pour la préparation et la soumission des demandes de présélection;

ii) Résumé des principales conditions du marché qui sera conclu à la suite de la procédure de passation du marché;

iii) Toutes pièces ou autres informations qui doivent être présentées par les fournisseurs ou entrepreneurs pour faire la preuve de leurs qualifications;

iv) Mode et lieu de soumission des demandes de présélection et délai de soumission, consistant en une date et heure précises et laissant suffisamment de temps aux fournisseurs ou entrepreneurs pour préparer et soumettre leurs demandes, compte tenu des besoins raisonnables de l'entité adjudicatrice;

v) Toutes autres conditions pouvant être énoncées par l'entité adjudicatrice conformément à la présente Loi et aux dispositions de la réglementation des marchés relatives à la préparation et à la soumission des demandes de présélection et à la procédure de présélection.[1]

4. L'entité adjudicatrice répond à toute demande d'éclaircissements relative à la documentation de présélection qu'elle reçoit d'un fournisseur ou entrepreneur dans un délai raisonnable avant la date limite de soumission des demandes de présélection. La réponse de l'entité adjudicatrice est donnée dans un délai raisonnable pour 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 intéressera les autres fournisseurs ou entrepreneurs est communiquée, sans indication de l'origine de la demande, à tous les fournisseurs ou entrepreneurs auxquels l'entité adjudicatrice a envoyé la documentation de présélection.

5. L'entité adjudicatrice prend une décision sur les qualifications de chaque fournisseur ou entrepreneur ayant soumis une demande de présélection. Pour prendre cette décision, l'entité adjudicatrice n'applique que les critères énoncés dans la documentation de présélection.

6. L'entité adjudicatrice fait promptement savoir à chaque fournisseur ou entrepreneur ayant soumis une demande de présélection s'il a ou non été présélectionné et communique à toute personne qui en fait la demande les noms de tous les fournisseurs ou entrepreneurs présélectionnés. Seuls les fournisseurs ou entrepreneurs présélectionnés sont habilités à participer à la suite de la procédure de passation du marché.

7. L'entité adjudicatrice communique sur demande aux fournisseurs ou entrepreneurs qui n'ont pas été présélectionnés le motif de ce rejet, mais elle n'est pas tenue d'indiquer les preuves retenues ni de donner les raisons qui l'ont amenée à conclure qu'il y avait motif à rejet.

8. L'entité adjudicatrice peut exiger qu'un fournisseur ou entrepreneur présélectionné confirme ses qualifications conformément aux critères utilisés pour la présélection dudit fournisseur ou entrepreneur. L'entité adjudicatrice 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 s'il les a ou non confirmées à la satisfaction de l'entité adjudicatrice.

---

[1] Ce paragraphe a été modifié en application du paragraphe 90 du document A/CN.9/389. Si ce paragraphe ne se réfère qu'à la procédure d'appel d'offres, à la procédure de sollicitation de propositions et à la procédure [de sollicitation de propositions de services], c'est qu'on présume que les dispositions relatives à la présélection ne sont pas applicables à la négociation avec appel à la concurrence, à la sollicitation de prix ni à la sollicitation d'une source unique parce que, dans ces méthodes, l'entité adjudicatrice ne s'adressera qu'aux fournisseurs ou entrepreneurs qui sont qualifiés. Quant à l'appel d'offres en deux étapes et à l'appel d'offres restreint, les règles relatives à la procédure d'appel d'offres s'y appliqueront.

* * *

Article 8. *Participation des fournisseurs ou entrepreneurs*

1. Les fournisseurs ou entrepreneurs sont autorisés à participer à une procédure de passation de marchés sans distinction de nationalité, sauf dans les cas où l'entité adjudicatrice décide, pour des motifs spécifiés dans la réglementation des marchés ou conformément à d'autres dispositions législatives, de limiter la participation à la procédure de passation des marchés selon des critères de nationalité.

2. Si l'entité adjudicatrice limite la participation selon des critères de nationalité conformément au paragraphe 1 du présent article, elle indique dans le procès-verbal de la procédure de passation du marché les motifs et circonstances justifiant cette restriction.

3. Lorsqu'elle sollicite pour la première fois la participation de fournisseurs ou entrepreneurs à la procédure de passation d'un marché, l'entité adjudicatrice les informe 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 9. *Forme des communications*

1. Sous réserve d'autres dispositions de la présente Loi et de toute condition de forme spécifiée par l'entité adjudicatrice lorsqu'elle sollicite pour la première fois la participation de fournisseurs ou entrepreneurs à la procédure de passation d'un marché, les documents, notifications, décisions et autres communications visés dans la présente Loi qui doivent être soumis par l'entité adjudicatrice ou l'autorité administrative à un fournisseur ou entrepreneur ou par un fournisseur ou entrepreneur à l'entité adjudicatrice sont présentés sous une forme qui atteste leur teneur.

2. Les communications entre les fournisseurs ou entrepreneurs et l'entité adjudicatrice visées aux articles 7-4 et 7-6, 29-2 *a*, 30-1 *d*, 32-1, 33-3, 35-1 et 37-1 peuvent être faites par un moyen n'attestant pas leur teneur, sous réserve que, immédiatement après, confirmation de la communication soit donnée au destinataire sous une forme attestant la teneur de ladite confirmation.

3. L'entité adjudicatrice ne fait pas de discrimination à l'encontre de fournisseurs ou entrepreneurs en raison de la forme sous laquelle ils communiquent ou reçoivent les documents, notifications, décisions ou autres communications.

* * *

Article 10. *Règles régissant les pièces fournies par les entrepreneurs ou fournisseurs*

Si l'entité adjudicatrice exige que les pièces fournies par les fournisseurs ou entrepreneurs pour faire la preuve de leurs qualifications dans le cadre de la procédure de passation du marché soient authentifiées, elle ne peut imposer aucune condition quant à l'authentification des pièces autre que celles prévues dans la législation du présent État relative à l'authentification de pièces de la nature en question.

* * *

Article 11. *Procès-verbal de la procédure de passation du marché*

1. L'entité adjudicatrice conserve un procès-verbal de la procédure de passation du marché où figurent, au minimum, les éléments d'information suivants :

a) Une brève description des biens ou des travaux requis, ou des besoins pour lesquels l'entité adjudicatrice sollicite des propositions;

b) Le nom et l'adresse des fournisseurs ou entrepreneurs ayant soumis des offres, des propositions ou des prix et le nom et l'adresse du fournisseur ou entrepreneur avec lequel le marché est conclu et le prix du marché;

c) Des renseignements relatifs aux qualifications, ou à l'insuffisance des qualifications, des fournisseurs ou entrepreneurs qui ont soumis des offres, des propositions ou des prix;

d) Le prix *ou la formule de détermination du prix* et un résumé des autres principales conditions de chaque offre, proposition ou prix et du marché;

e) Un résumé de l'évaluation et de la comparaison des offres, des propositions ou des prix, y compris l'application de toute marge de préférence conformément à l'article 32-4 *d*;

f) Si toutes les offres ont été rejetées en application de l'article 33, une déclaration l'indiquant et énonçant les motifs du rejet, conformément à l'article 33-1;

g) Si une procédure de passation de marchés autre que l'appel d'offres n'a pas abouti à la conclusion d'un marché, une déclaration motivée à cet effet;

h) Les éléments d'information requis par l'article 13, si une offre, une proposition ou un prix a été rejeté en application de cette disposition;

i) Dans une procédure de passation de marchés autre que l'appel d'offres, l'exposé, requis en application de l'article 16-2, des motifs et des circonstances sur lesquels l'entité adjudicatrice s'est appuyée pour justifier le choix de la méthode de passation de marchés utilisée;

j) Dans une procédure de passation de marchés où l'entité adjudicatrice, conformément à l'article 8-1, limite la participation sur la base de la nationalité, un exposé des motifs et des circonstances sur lesquels l'entité adjudicatrice s'est appuyée pour imposer la restriction;

k) Un résumé des demandes de clarification de la documentation de présélection ou du dossier de sollicitation, les réponses à ces demandes, ainsi qu'un résumé de toute modification de la documentation de présélection ou du dossier de sollicitation.

2. Sous réserve des dispositions de l'article 31-3, la partie du procès-verbal visée aux alinéas *a*, *b* et *i* du paragraphe 1 du présent article est communiquée à toute personne qui le demande après qu'une offre, une proposition ou un prix, selon le cas, a été accepté ou après que la procédure de passation du marché a pris fin sans aboutir à la conclusion d'un marché.

3. Sous réserve des dispositions de l'article 31-3, la partie du procès-verbal visée aux alinéas *c* à *g* et *k* du paragraphe 1 du présent article est communiquée, sur demande, aux fournisseurs ou entrepreneurs qui ont soumis des offres, des propositions ou des prix, ou qui ont présenté une demande de présélection, après qu'une offre, une proposition ou un prix a été accepté ou après que la procédure de passation du 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 alinéa *c* à *e* et *k* soit faite plus tôt. Toutefois, sauf injonction d'un tribunal compétent et sous réserve des conditions d'une telle injonction, l'entité adjudicatrice :

a) 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 parties ou entraverait le libre jeu de la concurrence;

b) Ne divulgue aucune information relative à l'examen, l'évaluation et la comparaison des offres, des propositions ou des prix, ainsi qu'au montant des offres, des propositions ou des prix, à l'exception du résumé visé à l'alinéa *e* du paragraphe 1.

4. L'entité adjudicatrice n'est pas passible de dommages-intérêts envers les fournisseurs ou entrepreneurs pour la

seule raison qu'elle n'a pas conservé de procès-verbal de la procédure de passation du marché conformément au présent article.

* * *

[Article 11 *bis*. *Rejet de toutes les offres, propositions ou prix*

1. (Sous réserve d'approbation par ... (l'État adoptant la Loi type spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation), et) si le dossier de sollicitation *ou d'autres documents pour la sollicitation de propositions, d'offres ou de prix* le prévoient, l'entité adjudicatrice peut rejeter toutes les offres, *propositions ou prix* à tout moment avant l'acceptation d'une offre, *d'une proposition ou d'un prix*. L'entité adjudicatrice communique à tout fournisseur ou entrepreneur ayant soumis une offre, *propositions ou prix* qui en fait la demande les motifs pour lesquels elle a rejeté toutes les offres, *propositions ou prix*, mais elle n'est pas tenue de justifier ces motifs.

2. L'entité adjudicatrice n'encourt aucune responsabilité envers les fournisseurs ou entrepreneurs ayant soumis des offres, *des propositions ou des prix* du simple fait qu'elle invoque le paragraphe 1 du présent article.

3. Un avis de rejet de toutes les offres, *propositions ou prix*, est promptement communiqué à tous les fournisseurs ou entrepreneurs ayant soumis une offre, *une proposition ou un prix*.]

* * *

[Article 11 ter. Entrée en vigueur du marché

1. Dans la procédure d'appel d'offres, l'acceptation de l'offre et l'entrée en vigueur du marché s'effectuent conformément à l'article 35.

2. Dans toutes les autres méthodes de passation des marchés, le mode d'entrée en vigueur du marché est notifié aux fournisseurs ou entrepreneurs dans les documents pour la sollicitation de propositions, d'offres ou de prix.][1]

[1]Cet article a été ajouté en application du paragraphe 142 du document A/CN.9/389. Lorsqu'on a examiné la possibilité d'inclure une disposition sur l'entrée en vigueur du marché pour les autres méthodes de passation des marchés, il s'est révélé difficile de rédiger une disposition appropriée d'application générale. Par conséquent, le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il y a lieu de prévoir que pour toutes les autres méthodes de passation des marchés, l'entité adjudicatrice doit seulement notifier aux fournisseurs ou entrepreneurs la manière dont le marché entrera en vigueur.

* * *

Article 12. *Publication de l'avis d'attribution du marché*

1. L'entité adjudicatrice publie promptement un avis d'attribution du marché.

2. La réglementation des marchés peut énoncer la manière dont est publié l'avis requis au paragraphe 1.

3. Le paragraphe 1 n'est pas applicable aux marchés dont la valeur est inférieure à [...].

* * *

Article 13. *Incitations proposées par des fournisseurs ou entrepreneurs*

(Sous réserve d'approbation par ... (l'État adoptant la Loi type spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation),) l'entité adjudicatrice rejette une offre, une proposition ou un prix si le fournisseur ou entrepreneur qui les lui a soumis propose, donne ou a convenu de donner, directement ou indirectement, à tout fonctionnaire ou employé ou ancien fonctionnaire ou employé de l'entité adjudicatrice ou de toute autre autorité administrative 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 dans le cadre de la procédure de passation du marché. Le rejet de l'offre, de la proposition ou du prix et les motifs de ce rejet sont consignés dans le procès-verbal de la procédure de passation du marché et promptement communiqués au fournisseur ou entrepreneur.

* * *

Article 14. *Règles concernant la description des biens ou des travaux*

1. Dans la documentation de présélection, dans le dossier de sollicitation ou dans les documents sollicitant des propositions ou des prix, l'entité adjudicatrice n'inclut ni n'utilise des spécifications, plans, dessins et modèles décrivant les caractéristiques techniques ou les normes de qualité des biens, des travaux *ou des services* requis, des conditions relatives aux essais et méthodes d'essai, à l'emballage, au marquage ou à l'étiquetage, ou aux certificats de conformité, ni des symboles, des termes *ou une description des services* qui créent des obstacles, y compris des obstacles fondés sur la nationalité, à la participation de fournisseurs ou entrepreneurs à la procédure de passation du marché.

2. Dans la mesure du possible, les spécifications, plans, dessins, modèles et conditions *ou descriptions des services* sont fondés sur les caractéristiques techniques objectives et normes de qualité pertinentes des biens, des travaux *ou des services* requis. Ils ne stipulent ni ne mentionnent de marque commerciale, appellation, brevet, conception, type, origine ou producteur particuliers, à moins qu'il n'y ait aucun autre moyen suffisamment précis ou intelligible de décrire les caractéristiques des biens, des travaux *ou des services* requis et à condition que soient inclus des mots tels que "ou son équivalent".

3. *a)* Pour la formulation des spécifications, plans, dessins et modèles, la documentation de présélection, le dossier de sollicitation ou les documents sollicitant des propositions ou des prix utilisent, lorsqu'ils existent, des expressions, conditions, symboles et termes normalisés relatifs aux caractéristiques techniques et normes de qualité des biens, des travaux *ou des services* requis;

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 qui sera conclu à la suite de la procédure de passation du marché et pour la formulation d'autres aspects pertinents de la documentation de présélection, du dossier de sollicitation, ou des documents sollicitant des propositions ou des prix.

* * *

Article 15. *Langue à utiliser*

La documentation de présélection, le dossier de sollicitation et les documents sollicitant des propositions ou des prix sont établis dans ... (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 :

a) La participation à la procédure de passation du marché est limitée aux fournisseurs ou entrepreneurs nationaux en application de l'article 8-1, ou;

b) L'entité adjudicatrice décide, au vu de la faible valeur des biens ou des travaux requis, que seuls des fournisseurs ou entrepreneurs nationaux manifesteront vraisemblablement leur intérêt à participer à la procédure).

* * *

Chapitre II. Méthodes de passation des marchés et conditions d'utilisation de ces méthodes

Article 16. *Méthodes de passation des marchés*

1. Sauf disposition contraire du présent chapitre, l'entité adjudicatrice désireuse de passer un marché *de biens ou de travaux* recourt à la procédure de l'appel d'offres.

2. *Lors de la passation d'un marché de biens ou de travaux,* l'entité adjudicatrice ne peut utiliser une méthode de passation des marchés autre que l'appel d'offres qu'en application des articles 17, 18, 19 ou 20.

3. *Dans le cas de la passation d'un marché de services, l'entité adjudicatrice recourt aux procédures énoncées à l'article 39* bis, *sauf si elle considère que :*

a) *Il est possible de formuler des spécifications détaillées et une procédure d'appel d'offres serait plus appropriée compte tenu de la nature des services à fournir; ou*

b) *Il serait plus approprié, (sous réserve de l'approbation de ... (l'État adoptant la Loi type spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation),) d'utiliser une des méthodes mentionnées à l'article 17 ou, parmi des méthodes mentionnées aux articles 18 à 20, celle dont les conditions d'utilisation sont remplies.*

4. *L'entité adjudicatrice inclut dans le procès-verbal prévu à l'article 11 un exposé des motifs et circonstances sur lesquels elle s'est fondée pour justifier le recours à une méthode de passation des marchés en application des paragraphes 2 ou 3* a *ou* b.

* * *

Article 17. *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*

1. (Sous réserve d'approbation par ... (l'État adoptant la Loi type spécifie l'organe habilité à donner ladite aprobation),) l'entité adjudicatrice peut engager une procédure de passation de marchés en recourant à l'appel d'offres en deux étapes conformément à l'article 36, à la sollicitation de propositions conformément à l'article 38 ou à la négociation avec appel à la concurrence conformément à l'article 39, dans les circonstances suivantes :

a) L'entité adjudicatrice est dans l'impossibilité de formuler des spécifications détaillées pour les biens, les travaux *ou les services* 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; ou,

ii) En raison de la nature technique des biens ou des travaux *ou de la nature des services,* 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 conduisant à l'acquisition d'un prototype, 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;

c) L'entité adjudicatrice applique la présente Loi, conformément au paragraphe 3 de l'article premier, à la passation de marchés intéressant la défense nationale ou la sécurité nationale et elle conclut que la méthode choisie est la méthode qui convient le mieux pour la passation du marché; ou

d) Une procédure d'appel d'offres a été engagée, mais aucune offre n'a été soumise ou toutes les offres ont été rejetées par l'entité adjudicatrice, conformément aux articles 13, 32-3 ou 33, et celle-ci juge improbable que la conclusion d'un marché puisse résulter d'une nouvelle procédure d'appel d'offres.

2. (Sous réserve d'approbation par ... (l'État adoptant la Loi type spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation),) l'entité adjudicatrice peut aussi engager une procédure de passation de marchés par la négociation avec appel à la concurrence :

a) Lorsque les biens, les travaux *ou les services* doivent être acquis ou exécutés d'urgence et que, de ce fait, il ne serait pas réaliste de recourir à la procédure d'appel d'offres, sous réserve que les circonstances qui sont à l'origine de l'urgence n'aient pas pu être prévues par l'entité adjudicatrice ou qu'elles ne résultent pas de manœuvres dilatoires de celle-ci;

b) Lorsqu'en raison d'un événement catastrophique les biens, les travaux *ou les services* doivent être acquis ou exécutés d'urgence et qu'il n'est donc pas réaliste de recourir à d'autres méthodes de passation des marchés en raison des délais afférents à ces méthodes.

* * *

Article 18. *Conditions d'utilisation de l'appel d'offres restreint*

(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, ouvrir une procédure de passation des marchés par le biais d'un appel d'offres restreint conformément à l'article 37 lorsque :

a) Les biens, les travaux *ou les services,* de par leur caractère extrêmement complexe ou spécialisé, ne sont disponibles qu'auprès d'un nombre limité de fournisseurs ou entrepreneurs;

b) Les délais et les coûts nécessaires pour examiner et évaluer un grand nombre d'offres seraient disproportionnés par rapport à la valeur des biens, des travaux *ou des services* requis.

* * *

Article 19. *Conditions d'utilisation de la procédure de sollicitation de prix*

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 d'un marché par la sollicitation de prix conformément à l'article 40 pour se procurer des biens *ou des services* immédiatement disponibles qui ne sont pas produits *ou fournis* spécialement sur la base des spécifications particulières de l'entité adjudicatrice et pour lesquels il existe un marché, sous réserve que la valeur estimée du marché soit inférieure au montant fixé dans la réglementation des marchés.

2. L'entité adjudicatrice ne divise pas la procédure de passation du marché en marchés séparés afin de pouvoir invoquer le paragraphe 1 du présent article.

* * *

Article 20. *Conditions d'utilisation de la procédure de sollicitation d'une source unique*

1. (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 conformément à l'article 41 dans les cas suivants :

a) Les biens, les travaux *ou, en raison de leur nature unique*[1], *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* et il n'existe aucune solution de remplacement raisonnable;

b) Les biens ou travaux doivent être acquis ou exécutés 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*, sous réserve que les circonstances qui sont à l'origine de l'urgence n'aient pas pu être prévues par l'entité adjudicatrice ou qu'elles ne résultent pas de manœuvres dilatoires de celle-ci;

c) En raison d'un événement catastrophique, les biens ou travaux doivent être acquis ou exécutés d'urgence et il n'est donc pas réaliste de recourir à d'autres méthodes de passation des marchés en raison des délais afférents à ces méthodes;

d) L'entité adjudicatrice, ayant passé avec un fournisseur ou entrepreneur un marché portant sur des biens, des matériels ou des technologies, conclut que des fournitures supplémentaires doivent être acquises auprès dudit fournisseur ou entrepreneur pour des raisons de normalisation, ou parce qu'il doit y avoir compatibilité avec les biens, matériels, technologies *ou services de nature unique*[1] déjà utilisés, compte tenu de la mesure dans laquelle le marché initial a répondu à ses besoins, de la taille limitée du marché envisagé par rapport à celle du marché initial, du caractère raisonnable du prix et de l'impossibilité de remplacer les biens en question par d'autres biens;

e) L'entité adjudicatrice souhaite conclure avec le fournisseur ou entrepreneur un marché à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement conduisant à l'acquisition d'un prototype, 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; ou

f) L'entité adjudicatrice applique la présente Loi, conformément au paragraphe 3 de l'article premier, à la passation de marchés intéressant la défense nationale ou la sécurité nationale et elle conclut que la sollicitation d'une source unique est la méthode qui convient le mieux pour la passation du marché.

2. Sous réserve d'approbation par ... (l'État adoptant la Loi type spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation), après publication et après que les intéressés ont eu 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 à l'article 32-4 *c* iii, sous réserve qu'il soit impossible de promouvoir cette politique en attribuant le marché à un autre fournisseur ou entrepreneur.

[1] Ces amendements ont été apportés en application du paragraphe 101 du document A/CN.9/389. La référence à la nature unique des services peut cependant créer une certaine incertitude parce que certains biens ou travaux, en raison de leur nature unique, peuvent aussi n'être disponibles qu'auprès d'un seul fournisseur ou entrepreneur. Aussi le Groupe de travail voudra-t-il peut-être examiner s'il y a lieu de mentionner spécifiquement la nature unique aux alinéas *a* et *d*.

* * *

Chapitre III. Procédure d'appel d'offres

Section I. Sollicitation d'offres et de demandes de présélection

Article 21. *Appel d'offres national*

Dans une procédure de passation de marchés,

a) lorsque la participation est limitée aux fournisseurs ou entrepreneurs nationaux conformément à l'article 8-1, ou

b) lorsque, en raison de la faible valeur des biens, des travaux *ou des services* nécessaires, l'entité adjudicatrice décide que seuls les fournisseurs ou entrepreneurs nationaux manifesteront vraisemblablement un intérêt à soumettre des offres, l'entité adjudicatrice ne sera pas tenue de recourir aux procédures prévues aux articles 22-2, 23-1 *h* et *i*, 23-2 *c* et *d*, 25 *j*, *k* et *s*, et 30-1 *c* de la présente Loi.

* * *

Article 22. *Procédures de sollicitation des offres ou des demandes de présélection*

1. L'entité adjudicatrice sollicite des offres ou, le cas échéant, des demandes de présélection en faisant publier une invitation à soumettre une offre ou une invitation à présenter une demande de présélection, selon le cas, dans ... (l'État adoptant la Loi type spécifie le journal officiel ou autre pu-

blication officielle dans lequel l'invitation à soumettre une offre ou à présenter une demande de présélection doit être publiée).

2. L'invitation à soumettre une offre ou 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.

* * *

Article 23. *Teneur de l'invitation à soumettre une offre et de l'invitation à présenter une demande de présélection*

1. L'invitation à soumettre une offre doit contenir, 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 ou la nature et l'emplacement des travaux à effectuer *ou la nature, le lieu de livraison et, s'il est pertinent, le lieu d'exécution des services requis*;

c) Le délai souhaité ou requis pour la fourniture des biens ou pour l'achèvement des travaux *ou les exigences de calendrier pour la fourniture des services*;

d) Les critères et procédures utilisés pour évaluer les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs, conformément à l'article 6-1 *b*;

e) Une déclaration, qui ne pourra être modifiée par la suite, aux termes de laquelle les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent participer à la procédure de passation du marché sans distinction de nationalité, ou une déclaration aux termes de laquelle la participation est limitée sur la base de la nationalité conformément à l'article 8-1, selon le cas;

f) Les moyens d'obtenir le 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 la date limite de soumission des offres.

2. L'invitation à présenter une demande de présélection contient, au minimum, les renseignements demandés au paragraphe 1 ci-dessus, alinéas *a* à *e*, *g*, *h* et *j*, si les renseignements demandés dans ce dernier alinéa sont déjà connus, ainsi que les renseignements suivants :

a) Les moyens d'obtenir la documentation de présélection et le lieu où elle peut être obtenue;

b) Le prix demandé, le cas échéant, par l'entité adjudicatrice pour la fourniture de la documentation de présélection;

c) La monnaie et les modalités de paiement de la documentation de présélection;

d) La ou les langues dans lesquelles la documentation de présélection est disponible;

e) Le lieu et la date limite de soumission des demandes de présélection.

* * *

Article 24. *Communication du dossier de sollicitation*

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, acquitte le prix de ce dossier. Le prix que l'entité adjudicatrice peut demander pour le dossier de sollicitation ne doit refléter que le coût de l'impression du dossier et de sa distribution aux fournisseurs ou entrepreneurs.

* * *

Article 25. *Teneur du dossier de sollicitation*

Le dossier de sollicitation comporte, au minimum, les renseignements suivants :

a) Les instructions pour la préparation des offres;

b) Les critères et procédures, conformément aux dispositions de l'article 6, relatifs à l'évaluation des qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs et à la confirmation des qualifications en application de l'article 32-6;

c) Les stipulations concernant les pièces ou autres renseignements qui doivent être soumis par les fournisseurs ou entrepreneurs pour faire la preuve de leurs qualifications;

d) La nature, ainsi que les caractéristiques techniques et la qualité requises, conformément à l'article 14, des biens, des travaux *ou des services* requis, notamment les spécifications techniques, plans, dessins et modèles, selon le cas; la quantité de biens requis; l'emplacement où doivent s'effectuer les travaux *ou l'emplacement où les services doivent être livrés et, si cela est pertinent, exécutés*; tous services accessoires à exécuter; et, le cas échéant, le délai souhaité ou requis pour la fourniture des biens ou l'exécution des travaux;

e) Les éléments dont l'entité adjudicatrice doit tenir compte pour déterminer l'offre à retenir, y compris les marges de préférence et les critères, autres que le prix, à utiliser conformément à l'article 32-4 *b*, *c* ou *d* et leur coefficient de pondération;

f) Les conditions du marché, dans la mesure où l'entité adjudicatrice les connaît déjà, et, le cas échéant, le modèle du marché à signer par les parties;

g) Si des variantes en ce qui concerne les caractéristiques des biens, les travaux, *les services*, les conditions contractuelles ou toute autre condition énoncée dans le dossier de sollicitation sont autorisées, une déclaration à cet effet et une description de la manière dont les variantes seront évaluées et comparées;

h) Si les fournisseurs ou entrepreneurs sont autorisés à soumettre des offres ne portant que sur une partie des biens ou des travaux requis, 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 des biens, des travaux *ou des services*, 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 27, 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 la garantie de soumission devant être éventuellement fournie par les fournisseurs ou entrepreneurs soumettant des offres, et toute stipulation concernant les garanties de bonne exécution du marché quelles qu'elles soient qui doivent être fournies par le fournisseur ou entrepreneur concluant le marché, 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 renoncer à leur garantie de soumission, une déclaration à cet effet;

n) Le mode, le lieu et la date limite de soumission des offres, conformément à l'article 28;

o) Les moyens par lesquels, en application de l'article 26, les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent demander des éclaircissements sur le dossier de sollicitation, et une déclaration par laquelle l'entité adjudicatrice indique si elle 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 29;

q) Le lieu, la date et l'heure d'ouverture des offres, conformément à l'article 31;

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 utilisé pour la conversion des offres dans cette monnaie, soit une déclaration selon laquelle le taux publié par un établissement financier donné, en vigueur à une date donnée, sera appliqué;

t) Les références à la présente Loi, à la réglementation des marchés et à d'autres lois et règlements directement applicables à la procédure de passation des marchés, étant entendu toutefois que l'omission de toute référence de cet ordre ne constitue pas en soi un motif de recours en vertu de l'article 42 ni n'engage la responsabilité de l'entité adjudicatrice;

u) Le nom, le titre et l'adresse d'un ou plusieurs fonctionnaires ou employés de l'entité adjudicatrice qui sont autorisés à communiquer directement avec les fournisseurs ou entrepreneurs et à recevoir directement des communications adressées par eux 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, en application de l'article 42 de la présente Loi, d'engager une procédure de recours contre un acte ou une décision illicites de l'entité adjudicatrice ou une procédure illicite appliquée par elle dans le cadre de 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 33, une déclaration à cet effet;

y) Toute formalité qui sera requise, dès qu'une offre aura été acceptée, pour qu'un marché entre en vigueur, y compris, le cas échéant, l'exécution d'un marché écrit en application de l'article 35, ainsi que l'approbation par une autorité supérieure ou le gouvernement et le délai qui sera jugé nécessaire, à compter de l'expédition de l'avis d'acceptation, pour obtenir cette approbation;

z) Toute autre condition établie par l'entité adjudicatrice conformément à la présente Loi et aux dispositions de la réglementation des marchés relatives à la préparation et à la soumission des offres et à d'autres aspects de la procédure de passation des marchés.

* * *

Article 26. *Clarification et modification du dossier de sollicitation*

1. Le fournisseur ou entrepreneur peut demander des éclaircissements sur le dossier de sollicitation à l'entité adjudicatrice. Celle-ci répond, dans un délai raisonnable avant la date limite de soumission des offres, à toute demande de clarification du dossier de sollicitation qu'elle reçoit d'un entrepreneur ou fournisseur. L'entité adjudicatrice répond dans un délai raisonnable pour permettre au fournisseur ou entrepreneur de présenter son offre en temps voulu et, sans indiquer l'origine de la demande, communique les éclaircissements en question à tous les fournisseurs ou entrepreneurs auxquels elle a envoyé le dossier de sollicitation.

2. A tout moment avant la date limite de soumission des offres, l'entité adjudicatrice peut, pour une raison quelconque, soit de sa propre initiative, soit à la suite d'une demande d'éclaircissements formulée par un fournisseur ou entrepreneur, modifier le dossier de sollicitation en publiant un additif. Cet additif est communiqué promptement à tous les fournisseurs ou entrepreneurs auxquels l'entité adjudicatrice a fourni le dossier de sollicitation et a pour eux force obligatoire.

3. Si l'entité adjudicatrice convoque une réunion de fournisseurs ou entrepreneurs, elle établit un procès-verbal de la réunion où elle indique les demandes d'éclaircissements présentées à la réunion au sujet du dossier de sollicitation et ses réponses à ces demandes, sans identifier l'origine de celles-ci. Le procès-verbal est communiqué promptement à tous les fournisseurs ou entrepreneurs auxquels l'entité adjudicatrice a envoyé le dossier de sollicitation, afin qu'ils puissent en tenir compte pour établir leurs offres.

* * *

Section II. Soumission des offres

Article 27. *Langue des offres*

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 28. *Soumission des offres*

1. L'entité adjudicatrice détermine le lieu de la soumission des offres et fixe une date et une heure précises, qui constituent la date limite pour la soumission des offres.

2. Si, conformément à l'article 26, 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 limite 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 limite si, en raison de circonstances indépendantes de leur volonté, un ou plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs sont dans l'impossibilité de soumettre leur offre avant la date limite.

4. La notification de tout report de la date limite est donnée promptement à chaque fournisseur ou entrepreneur auquel l'entité adjudicatrice a envoyé le dossier de sollicitation.

5. *a)* Sous réserve de l'alinéa *b*, une offre est soumise par écrit, signée, dans une enveloppe scellée;

b) Sans préjudice du droit qu'a un fournisseur ou entrepreneur de soumettre une offre sous la forme visée à l'alinéa *a*, une offre peut également être soumise sous toute autre forme spécifiée dans le dossier de sollicitation qui atteste la teneur de l'offre et qui assure au moins un degré similaire d'authenticité, de sécurité et de confidentialité;

c) L'entité adjudicatrice délivre sur demande au fournisseur ou entrepreneur un reçu indiquant la date et l'heure auxquelles son offre a été reçue.

6. Une offre reçue par l'entité adjudicatrice après la date limite de soumission des offres n'est pas ouverte et est renvoyée au fournisseur ou entrepreneur qui l'a soumise.

* * *

Article 29. *Période de validité des offres; modification et retrait des offres*

1. Les offres restent valides pendant la période spécifiée dans le dossier de sollicitation.

2. *a)* Avant l'expiration de la période de validité des offres, l'entité adjudicatrice peut prier les fournisseurs ou entrepreneurs de prolonger cette période jusqu'à une date qu'elle spécifie. Le fournisseur ou entrepreneur peut refuser cette demande sans renoncer à sa garantie de soumission, et son offre cessera d'être valide à l'expiration de la période de validité non prolongée;

b) Les fournisseurs ou entrepreneurs qui conviennent de prolonger la période de validité de leur offre prolongent ou font prolonger la période de validité de leur garantie de soumission ou fournissent une nouvelle garantie de soumission portant sur la période supplémentaire de validité de leur offre. Le fournisseur ou entrepreneur dont la garantie de soumission n'est pas prolongée ou qui n'a pas fourni de nouvelle garantie de soumission est considéré comme ayant refusé la demande de prolongation de la période de validité de son offre.

3. Sauf disposition contraire du dossier de sollicitation, le fournisseur ou entrepreneur peut modifier ou retirer son offre avant la date limite de soumission des offres sans renoncer à sa garantie de soumission. La modification ou l'avis de retrait produit ses effets si l'entité adjudicatrice le reçoit avant la date limite de soumission des offres.

* * *

Article 30. *Garanties de soumission*

1. Lorsque l'entité adjudicatrice demande aux fournisseurs ou entrepreneurs soumettant une offre de fournir une garantie de soumission :

a) Cette condition s'applique à tous les fournisseurs ou entrepreneurs;

b) Le dossier de sollicitation peut disposer 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 par l'entité adjudicatrice de ladite garantie de soumission ne soit contraire à une loi du présent État);

d) Avant de soumettre une offre, un 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 proposé ou le confirmateur proposé remplit bien les conditions requises n'empêche pas l'entité adjudicatrice de rejeter la garantie de soumission au motif que l'émetteur ou le confirmateur, selon le cas, est devenu insolvable ou présente d'une autre manière un risque quant à la capacité de remboursement;

f) L'entité adjudicatrice énonce dans le dossier de sollicitation toute condition concernant l'émetteur, ainsi que la nature, la forme, le montant et d'autres conditions principales de la garantie de soumission requise; toute condition se rapportant directement ou indirectement à la conduite du fournisseur ou entrepreneur soumettant l'offre ne pourra concerner que :

i) Le retrait ou la modification de l'offre après la date limite de soumission des offres, ou avant la date limite si cela est prévu dans le dossier de sollicitation;

ii) Le fait que le fournisseur ou entrepreneur n'a pas signé le marché alors que l'entité adjudicatrice lui a demandé de le faire;

iii) Le fait que le fournisseur ou entrepreneur n'a pas fourni la garantie requise pour l'exécution du marché après que l'offre a été acceptée et n'a pas rempli toute autre condition préalable à la signature du marché qui est spécifiée dans le dossier de sollicitation.

2. L'entité adjudicatrice ne réclame pas le montant de la garantie de soumission et elle retourne ou fait retourner promptement le document de garantie lorsque se produit l'un des faits suivants :

a) Expiration de la garantie de soumission;

b) Entrée en vigueur d'un marché et fourniture d'une garantie de bonne exécution du marché, si une telle garantie est requise dans le dossier de sollicitation;

c) Clôture de la procédure d'appel d'offres sans qu'aucun marché ne soit entré en vigueur;

d) Retrait de l'offre avant la date limite de soumission des offres, à moins que le dossier de sollicitation ne dispose qu'un tel retrait n'est pas autorisé.

* * *

Section III. Évaluation et comparaison des offres

Article 31. *Ouverture des offres*

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 limite spécifiée en cas de report de la date limite initiale, à l'endroit et selon les modalités prévus dans ledit 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.

3. Le nom et l'adresse de chaque fournisseur ou entrepreneur dont l'offre est ouverte, ainsi que le prix soumissionné, sont indiqués aux personnes présentes à l'ouverture des offres, communiqués sur demande aux fournisseurs ou entrepreneurs qui ont soumis une offre mais qui ne sont pas présents ou représentés à l'ouverture des offres, et consignés immédiatement dans le procès-verbal de la procédure d'appel d'offres prévu à l'article 11.

* * *

Article 32. *Examen, évaluation et comparaison des offres*

1. *a)* L'entité adjudicatrice peut prier les fournisseurs ou entrepreneurs de donner des éclaircissements sur leurs offres, 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. L'entité adjudicatrice 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;

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 autorisés 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 n'accepte pas une offre :

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;

d) Dans les circonstances visées à l'article 13.

4. *a)* L'entité adjudicatrice évalue et compare les offres qui ont été acceptées afin de déterminer l'offre à retenir, telle qu'elle est définie à l'alinéa *c* 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) L'offre proposant le prix le plus bas, sous réserve de toute marge de préférence appliquée conformément à l'alinéa *d* du présent paragraphe; ou

ii) Si l'entité adjudicatrice l'a stipulé dans le dossier de sollicitation, l'offre la plus basse selon l'évaluation effectuée sur la base de critères spécifiés dans le dossier de sollicitation, critères qui seront, dans la mesure du possible, objectifs et quantifiables et qui seront affectés d'un coefficient de pondération dans la procédure d'évaluation ou seront exprimés en termes pécuniaires, dans la mesure du possible;

c) Pour déterminer l'offre la plus basse selon l'évaluation visée à l'alinéa *b* ii du présent paragraphe, l'entité adjudicatrice ne peut tenir compte que des éléments suivants :

i) Le prix soumissionné, sous réserve de toute marge de préférence appliquée conformément à l'alinéa *d* du présent paragraphe;

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 d'exécution des services*, les caractéristiques fonctionnelles des biens ou des travaux, les conditions de paiement et les conditions de garantie des biens, des travaux *ou des services*;

iii) L'effet que l'acceptation d'une offre aurait sur l'état de la balance des paiements et des réserves en devises [du présent État], les arrangements d'échanges compensés proposés par les fournisseurs ou entrepreneurs, l'ampleur du contenu local dans les biens, travaux *ou services* proposés par les fournisseurs ou entrepreneurs, notamment pour ce qui est de la fabrication, de la main-d'œuvre et des matériaux, les possibilités de développement économique que comportent les offres, notamment les investissements locaux ou autres activités commerciales locales, la promotion de l'emploi, le fait que certaines activités de production seront réservées à des fournisseurs locaux, le transfert de technologie et le développement des compétences en matière de gestion, et des compétences scientifiques et opérationnelles [... (l'État adoptant la Loi type peut développer l'alinéa iii en y ajoutant des éléments supplémentaires)]; et

iv) Des considérations liées à la défense et à la sécurité nationales;

d) 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 offres, accorder une marge de préférence aux offres de travaux soumises par des entrepreneurs nationaux ou aux offres de biens produits localement *ou aux fournisseurs nationaux de services*. 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.

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 25, 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 7, 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 6. 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 33-1, 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 de l'article 11.

* * *

Article 33. *Rejet de toutes les offres*
(placé à l'article 11 *bis*)

* * *

Article 34. *Interdiction des négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs*

Aucune négociation n'a lieu entre l'entité adjudicatrice et un fournisseur ou entrepreneur au sujet d'une offre soumise par ledit fournisseur ou entrepreneur.

* * *

Article 35. *Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché*

1. Sous réserve des articles 32-7 et 33, l'offre dont il a été déterminé qu'elle est l'offre à retenir conformément à l'article 32-4 *b* est acceptée. L'entrepreneur ou fournisseur ayant soumis l'offre est avisé promptement que son offre a été acceptée.

2. *a)* Nonobstant les dispositions du paragraphe 4 du présent article, le dossier de sollicitation peut disposer que le fournisseur ou entrepreneur dont l'offre a été acceptée doit signer un marché écrit conforme à cette offre. Dans de tels cas, l'entité adjudicatrice (le ministère compétent) et le fournisseur ou entrepreneur signent le marché dans un délai raisonnable après que l'avis visé au paragraphe 1 du présent article a été expédié au fournisseur ou entrepreneur;

b) Sous réserve des dispositions du paragraphe 3 du présent article, lorsqu'un marché écrit doit être signé en application de l'alinéa *a* du présent paragraphe, le marché entre en vigueur lorsque le marché écrit est signé par le fournisseur ou entrepreneur et par l'entité adjudicatrice. Entre le moment où l'avis prévu au paragraphe 1 est expédié au fournisseur ou entrepreneur et l'entrée en vigueur du marché, ni l'entité adjudicatrice ni le fournisseur ou entrepreneur ne prennent de mesures qui puissent compromettre l'entrée en vigueur du marché ou son exécution.

3. Lorsque le dossier de sollicitation dispose que le marché doit être approuvé par une autorité supérieure, le marché n'entre pas en vigueur avant que l'approbation ne soit donnée. Le dossier de sollicitation spécifie le délai jugé néces-

saire, à compter de l'expédition de l'avis d'acceptation de l'offre, pour obtenir l'approbation. La non-obtention de l'approbation dans le délai ainsi spécifié n'entraîne pas une prolongation de la période de validité des offres spécifiée dans le dossier de sollicitation en application de l'article 29-1 ou de la période de validité des garanties de soumission pouvant être requises en application de l'article 30-1.

4. Sous réserve des dispositions des paragraphes 2 *b* et 3 du présent article, un marché conforme aux conditions de l'offre acceptée entre en vigueur lorsque l'avis mentionné au paragraphe 1 du présent article a été expédié au fournisseur ou entrepreneur ayant soumis l'offre, à condition qu'il soit expédié pendant que l'offre est en cours de validité. L'avis est expédié lorsqu'il est dûment adressé ou envoyé et transmis de toute autre manière au fournisseur ou entrepreneur, ou remis à une autorité compétente pour transmission au fournisseur ou entrepreneur, par un mode de communication autorisé par l'article 9.

5. Si le fournisseur ou entrepreneur dont l'offre est acceptée ne signe pas de marché écrit, lorsqu'il est invité à le faire, ou s'il ne fournit pas la garantie requise pour l'exécution du marché, l'entité adjudicatrice choisit l'offre à retenir, conformément à l'article 32-4, parmi les offres valides restantes, étant entendu qu'elle conserve le droit, conformément à l'article 33-1, de rejeter toutes les offres restantes. L'avis prévu au paragraphe 1 du présent article est donné au fournisseur ou entrepreneur ayant soumis cette offre.

6. Dès l'entrée en vigueur du marché et, si cela est exigé, après présentation par le fournisseur ou entrepreneur d'une garantie de bonne exécution du marché, un avis d'attribution du marché, dans lequel sont indiqués le nom et l'adresse du fournisseur ou entrepreneur ayant conclu le marché et le prix de ce dernier, est communiqué aux autres fournisseurs ou entrepreneurs.

* * *

Chapitre IV. Passation de marchés par d'autres méthodes que la procédure d'appel d'offres

Article 36. *Appel d'offres en deux étapes*

1. Les dispositions du chapitre III de la présente Loi s'appliquent aux procédures d'appel d'offres en deux étapes, sauf dans la mesure où le présent article déroge auxdites dispositions.

2. Dans le dossier de sollicitation, les fournisseurs ou entrepreneurs sont priés de soumettre, durant la première étape de la procédure d'appel d'offres en deux étapes, des offres initiales contenant leurs propositions, sans prix soumissionné. Le dossier de sollicitation peut solliciter des propositions en ce qui concerne tant les caractéristiques techniques, qualitatives ou autres des biens ou des travaux que les conditions contractuelles de leur fourniture.

3. L'entité adjudicatrice peut engager, avec tout fournisseur ou entrepreneur dont l'offre n'a pas été rejetée en application des articles 13, 32-3 ou 33, 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 spécifications d'un cahier des charges. Lorsqu'elle définit ces spécifications, l'entité adjudicatrice peut supprimer ou modifier tout aspect, initialement prévu dans le dossier de sollicitation, des caractéristiques techniques ou qualitatives des biens ou travaux 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 connaissances 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*.

* * *

Article 37. *Appel d'offres restreint*

1. *a)* Lorsque l'entité adjudicatrice lance un appel d'offres restreint pour des motifs visés à l'alinéa *a* de l'article 18, elle sollicite des offres de tous les fournisseurs ou entrepreneurs auprès desquels les biens ou travaux requis peuvent être obtenus;

b) Lorsque l'entité adjudicatrice lance un appel d'offres restreint pour des motifs visés à l'alinéa *b* de l'article 18, 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.

2. Lorsque l'entité adjudicatrice lance un appel d'offres restreint, elle fait publier un avis d'appel d'offres restreint dans ... (l'État adoptant la Loi type spécifie le journal officiel ou autre publication officielle dans lequel l'avis doit être publié).

3. Les dispositions du chapitre III de la présente Loi, à l'exception de l'article 22, s'appliquent à la procédure d'appel d'offres restreint, sauf dans la mesure où le présent article déroge auxdites dispositions.

* * *

Article 38. *Sollicitation de propositions*

1. La sollicitation de propositions est adressée à autant de fournisseurs ou entrepreneurs que possible, mais à trois au moins si possible.

2. L'entité adjudicatrice publie dans un journal de diffusion internationale ou dans une publication spécialisée appropriée ou une revue technique de diffusion internationale un avis à l'intention des personnes qui s'intéressent à soumettre une proposition, 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.

3. L'entité adjudicatrice établit les critères à utiliser pour évaluer les propositions et fixe le coefficient de pondération à accorder à 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. La sollicitation de propositions émise par l'entité adjudicatrice doit comporter au minimum les renseignements suivants :

a) Le nom et l'adresse de l'entité adjudicatrice;

b) La description des besoins faisant l'objet de la procédure de passation du marché, 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 de livraison et, s'il est pertinent, le lieu d'exécution*;

c) Les critères d'évaluation de la proposition, exprimés dans la mesure du possible en termes pécuniaires, la pondération à accorder à 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.

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.

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;

b) Sous réserve des dispositions de l'article 11, une partie aux négociations ne révèle à personne des éléments techniques, des informations relatives au prix ou d'autres informations commerciales 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 qui ont soumis des propositions et dont les propositions n'ont pas été rejetées.

8. A l'issue des négociations, l'entité adjudicatrice prie tous les fournisseurs ou entrepreneurs qui participent encore à la procédure de soumettre, à une date spécifiée, leur meilleure offre définitive couvrant tous les aspects de leurs propositions.

9. 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 séparément 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 répond le mieux à ses besoins, déterminés conformément aux critères d'évaluation des propositions énoncés dans la sollicitation de propositions, ainsi qu'aux coefficients de pondération et au mode d'application de ces critères indiqués dans la sollicitation de propositions.

* * *

Article 39. *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. Les conditions, directives, documents, clarifications 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 11, une partie aux négociations ne révèle à personne des informations techniques, des informations relatives au prix ou d'autres informations commerciales concernant les négociations, sans le consentement de l'autre partie.

4. Une fois la négociation achevée, l'entité adjudicatrice demande aux fournisseurs ou entrepreneurs qui participent encore à la procédure de soumettre, à une date donnée, leur meilleure offre définitive, compte tenu de tous les éléments de leurs propositions. L'entité adjudicatrice sélectionne l'offre à retenir sur la base de ces meilleures offres définitives.

Article [39] bis. [Sollicitation de propositions relatives à des services] [Procédures spéciales pour la sollicitation de propositions relatives à des services] [Procédure spéciale relative aux marchés de services]

1. L'entité adjudicatrice sollicite des propositions relatives à des services ou, le cas échéant, des demandes de présélection, en faisant publier une invitation à soumettre une proposition ou une invitation à présenter une demande de présélection, selon le cas, dans ... (l'État adoptant la Loi type spécifie le journal officiel ou autre publication officielle dans lesquels l'invitation à soumettre une proposition ou l'invitation à présenter une demande de présélection sera publiée).

2. L'invitation à soumettre une proposition ou l'invitation à présenter une demande de présélection est également publiée, dans une langue d'usage courant dans le commerce international, dans un journal de diffusion internationale ou dans une publication spécialisée ou technique appropriée de diffusion internationale [sauf si, en raison de la faible valeur des services requis, l'entité adjudicatrice décide que seuls les fournisseurs et entrepreneurs nationaux seront probablement intéressés à soumettre des propositions].

3. L'entité adjudicatrice peut ne pas tenir compte des dispositions des paragraphes 1 et 2 du présent article :

a) *Lorsque les services requis ne sont disponibles qu'auprès d'un nombre limité de fournisseurs ou entrepreneurs connus de l'entité adjudicatrice pourvu qu'elle sollicite des propositions de tous ces fournisseurs ou entrepreneurs; ou*

b) *Lorsque les délais et les coûts nécessaires pour examiner et évaluer un grand nombre d'offres seraient disproportionnés par rapport à la valeur des services requis, pourvu qu'elle sollicite des propositions d'un nombre suffisant de fournisseurs et entrepreneurs pour garantir une véritable concurrence; ou*

[c) *Lorsqu'en raison de la nature des services requis, il n'est possible de promouvoir l'économie et l'efficacité dans la passation des marchés qu'au moyen de la sollicitation directe, pourvu que l'entité adjudicatrice sollicite des propositions d'un nombre suffisant de fournisseurs ou entrepreneurs pour garantir une véritable concurrence.*]

4. La sollicitation de propositions émise par l'entité adjudicatrice doit comporter au minimum les renseignements suivants :

a) *Le nom et l'adresse de l'entité adjudicatrice;*

b) *Une description des services requis et le lieu où les services doivent être livrés et, si cela est pertinent, exécutés;*

c) *Les critères à utiliser par l'entité adjudicatrice pour déterminer la proposition à retenir, y compris toute marge de préférence et tout facteur à utiliser conformément au paragraphe 6 du présent article et la pondération à accorder à chacun de ces facteurs;*

d) *La forme sous laquelle la proposition doit être présentée et toutes instructions, y compris tout délai pertinent, relatives à la proposition;*

e) *Toutes conditions que les fournisseurs ou entrepreneurs ont à remplir;*

f) *La méthode choisie en application des paragraphes 11, 12 ou 13 du présent article pour déterminer la proposition à retenir.*

5. L'entité adjudicatrice établit les critères à utiliser pour évaluer les propositions et détermine le coefficient de pondération à accorder à chacun de ces critères et la manière dont ils seront appliqués pour évaluer les propositions. Ces critères doivent permettre d'évaluer :

a) *Les qualifications, l'expérience, la réputation et la fiabilité du fournisseur ou entrepreneur et sa compétence relative 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;*

c) *Le prix proposé par le fournisseur ou entrepreneur pour mettre en œuvre sa proposition, y compris toutes dépenses accessoires ou connexes;*

d) *L'effet que l'acceptation d'une proposition aura sur l'état de la balance des paiements et des réserves en devises [du présent État], le degré de participation d'entrepreneurs ou fournisseurs locaux, la promotion de l'emploi, les possibilités de développement économique qu'offre la proposition, le développement des compétences locales (... l'État adoptant la Loi type peut élargir l'alinéa* d *en y ajoutant des facteurs supplémentaires)).*

6. 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 offres, accorder aux fournisseurs nationaux de services une marge de préférence qui est calculée conformément à la réglementation des marchés et est mentionnée dans le procès-verbal de la procédure de passation du marché.

7. a) *Toute modification ou clarification de la sollicitation de propositions, y compris toute modification des critères d'évaluation des propositions énoncées au paragraphe 5 du présent article, est communiquée à tous les fournisseurs ou entrepreneurs participant à la procédure de sollicitation de propositions;*

b) *Si l'entité adjudicatrice convoque une réunion de fournisseurs ou entrepreneurs, elle établit un procès-verbal de la réunion où elle indique les demandes d'éclaircissements présentées à la réunion au sujet de la sollicitation de propositions et ses réponses à ces demandes, sans identifier l'origine de celles-ci. Le procès-verbal est communiqué promptement à tous les fournisseurs ou entrepreneurs participant à la procédure de sollicitation de propositions, afin qu'ils puissent en tenir compte pour établir leurs propositions.*

8. 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.

9. Pour l'évaluation des propositions, l'entité adjudicatrice n'applique que les critères et méthodes de sélection qui ont été notifiés aux fournisseurs ou entrepreneurs dans la sollicitation de propositions.

10. Pour déterminer la proposition à retenir, l'entité adjudicatrice utilise l'une des méthodes prévues aux paragraphes 11, 12 ou 13 du présent article.

11. a) *L'entité adjudicatrice fixe un seuil en ce qui concerne la qualité et les aspects techniques des propositions et, sans tenir compte du prix desdites propositions, classe chacune d'entre elles conformément aux facteurs d'évaluation et aux coefficients relatifs de pondération et au mode d'application de ces facteurs énoncés dans la sollicitation de propositions. L'entité adjudicatrice compare alors les prix des propositions ayant atteint une note équivalente ou supérieure au seuil fixé.*

b) *La proposition à retenir est soit :*

i) La proposition offrant le prix le plus bas; soit

ii) La proposition dont l'évaluation combinée est la meilleure sur la base du prix et des capacités techniques notées en application de l'alinéa a *du présent paragraphe.*

12. a) *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 qui ont soumis des propositions et dont les propositions n'ont pas été rejetées;*

b) *A l'issue des négociations, l'entité adjudicatrice prie tous les fournisseurs ou entrepreneurs qui participent encore à la procédure de soumettre, à une date spécifiée, leur meilleure offre définitive couvrant tous les aspects de leurs propositions;*

c) *Pour l'évaluation des propositions, le prix d'une proposition est pris en considération séparément et seulement une fois l'évaluation technique achevée;*

d) *L'entité adjudicatrice attribue le marché au fournisseur ou entrepreneur dont la proposition répond le mieux à ses besoins, déterminés conformément aux critères d'évaluation des propositions ainsi qu'aux coefficients de pondération et au mode d'application de ces critères énoncés dans la sollicitation de propositions.*

13. L'entité adjudicatrice engage des négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs conformément à la procédure suivante :

a) *Elle fixe un seuil conformément à l'alinéa 11* a *du présent article;*

b) *Elle invite à des négociations sur le prix ou sur d'autres aspects de sa proposition le fournisseur ou entrepreneur ayant obtenu la note la plus élevée pour la qualité et les aspects techniques en application de l'alinéa 11* a *du présent article;*

c) *Elle informe les fournisseurs ou entrepreneurs ayant obtenu une note supérieure au seuil fixé qu'ils pourront être appelés à négocier avec elle si les négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs ayant obtenu une note plus élevée n'aboutissent pas à l'attribution d'un marché;*

d) *Elle informe les autres fournisseurs ou entrepreneurs qu'ils n'ont pas atteint le seuil requis;*

e) *S'il lui apparaît que les négociations avec le fournisseur ou entrepreneur invité en application de l'alinéa 13* b *du présent article n'aboutiront pas à l'attribution d'un marché, elle informe ledit fournisseur ou entrepreneur qu'elle met fin aux négociations;*

f) *L'entité adjudicatrice invite alors à négocier avec elle le fournisseur ou entrepreneur ayant obtenu la deuxième note; si les négociations avec ledit entrepreneur ou fournisseur n'aboutissent pas à l'attribution d'un marché, elle invite à négocier les autres fournisseurs ou entrepreneurs sur la base de leur classement, jusqu'à ce qu'un marché soit attribué ou que toutes les propositions aient été rejetées.*

14. a) *Toute négociation organisée conformément au paragraphe 12 ou 13 du présent article est confidentielle et, sous réserve des dispositions de l'article 11, une partie aux négociations ne révèle à aucune autre personne des informations techniques, des informations sur les prix ou toutes autres informations liées aux négociations sans le consentement de l'autre partie.*[1]

[1] En ce qui concerne la question soulevée au paragraphe 3 de l'introduction, le Groupe de travail voudra peut-être examiner dans quelle mesure il serait possible d'incorporer le paragraphe 11 de cet article dans la procédure de passation des marchés puisqu'il s'agit essentiellement d'une évaluation faite en fonction du prix sur la base d'un seuil de qualification, procédure apparentée à la présélection. Le paragraphe 12, qui constitue essentiellement une évaluation de la meilleure offre définitive, est calqué sur la procédure déjà définie à l'article 38. Le paragraphe 13 de l'article pourrait alors être incorporé dans l'article 38 à titre de méthode subsidiaire d'évaluation dans le contexte des services.

* * *

Article 40. *Sollicitation de prix*

1. 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 biens *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.

2. Chaque fournisseur ou entrepreneur n'est autorisé à donner qu'un seul prix et n'est pas autorisé à le modifier. Il ne peut pas y avoir de négociations entre l'entité adjudicatrice et le fournisseur ou entrepreneur au sujet d'un prix donné par ledit fournisseur ou entrepreneur.

3. Le marché est attribué au fournisseur ou entrepreneur qui a fait l'offre au prix le plus bas répondant aux besoins de l'entité adjudicatrice.

* * *

Article 41. *Sollicitation d'une source unique*

Dans les circonstances énoncées à l'article 20, l'entité adjudicatrice peut se procurer les biens, les travaux *ou les services* en sollicitant une proposition ou un prix d'un fournisseur ou entrepreneur unique.

* * *

Chapitre V. Recours*

Article 42. *Droit de recours*

1. Sous réserve du paragraphe 2 du présent article, tout fournisseur ou entrepreneur qui déclare avoir subi, ou qui peut subir une perte ou un dommage causé par la violation d'une obligation imposée à l'entité adjudicatrice par la présente Loi, peut introduire un recours conformément aux articles 39 à [47].

2. Ne peuvent faire l'objet du recours prévu au paragraphe 1 du présent article :

a) Le choix d'une méthode de passation de marchés conformément aux articles 16 à 20;

b) La restriction de la procédure de passation de marchés, conformément à l'article 8, pour des raisons de nationalité;

c) La décision de l'entité adjudicatrice de rejeter toutes les *offres, propositions ou prix* conformément à l'article *[11 bis]*;

d) Le refus de l'entité adjudicatrice de donner suite à une manifestation d'intérêt à participer à une procédure de sollicitation de propositions conformément à l'article 38-2;

e) Une omission visée à l'article 25 *t*.

*Les États promulguant la Loi type souhaiteront peut-être y incorporer les articles sur le droit de recours sans changement ou avec les changements minimes que pourraient exiger des impératifs particuliers. Toutefois, pour des raisons d'ordre constitutionnel ou autres, certains États pourraient ne pas juger utile d'incorporer à la Loi type, en partie ou en totalité, les dispositions sur le droit de recours. En pareil cas, ces dispositions pourraient néanmoins servir de références pour l'évaluation des procédures de recours en vigueur.

* * *

Article 43. *Recours porté devant l'entité adjudicatrice (ou devant l'autorité de tutelle)*

1. A moins que le marché ne soit déjà entré en vigueur, une réclamation est, en première instance, présentée par écrit au responsable de l'entité adjudicatrice. (Toutefois, si la réclamation est fondée sur un acte ou une décision de l'entité adjudicatrice ou sur une procédure qu'elle a appliquée, et que cet acte, cette décision ou cette procédure a été approuvé par une autorité conformément à la présente Loi, la réclamation est soumise au responsable de l'autorité ayant approuvé l'acte, la décision ou la procédure.) Par responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle), on entend aussi dans la présente Loi toute personne désignée par le responsable de l'entité adjudicatrice (ou par le responsable de l'autorité de tutelle, selon le cas).

2. Le responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle) ne tient compte d'une réclamation que si elle a été présentée dans un délai de vingt jours à compter du moment où le fournisseur ou entrepreneur qui en est l'auteur a connaissance des circonstances qui la motivent ou, au plus tard, à compter du moment où ledit fournisseur ou entrepreneur aurait dû avoir connaissance de ces circonstances.

3. Le responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle) n'a pas à tenir compte d'une réclamation, ou à continuer de tenir compte d'une réclamation, après l'entrée en vigueur du marché.

4. A moins que la réclamation n'ait été réglée par accord entre le fournisseur ou entrepreneur qui en est l'auteur et l'entité adjudicatrice, le responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle) rend une décision écrite, dans les trente jours qui suivent la présentation de la réclamation. Cette décision :

a) est motivée; et

b) s'il est fait droit en tout ou en partie à la réclamation, énonce les mesures correctives qui doivent être prises.

5. Si le responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle) ne rend pas sa décision dans le délai visé au paragraphe 4 du présent article, le fournisseur ou entrepreneur qui présente la réclamation (ou l'entité adjudicatrice) pourra immédiatement engager la procédure prévue à l'article [44 ou 47]. Une fois cette procédure engagée, le responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle) ne peut plus connaître de la réclamation.

6. La décision du responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle) est définitive, à moins qu'une procédure ne soit engagée en vertu de l'article [44 ou 47].

* * *

Article 44. *Recours administratif**

1. Le fournisseur ou entrepreneur qui est fondé à introduire un recours en application de l'article 42 peut présenter une réclamation à [insérer le nom de l'instance administrative] :

a) Si cette réclamation ne peut être présentée ou examinée en application de l'article 43 en raison de l'entrée en vigueur du marché, et sous réserve qu'elle soit présentée dans un délai de vingt jours à compter du moment où le fournisseur ou entrepreneur qui en est l'auteur a pris 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;

b) Si le responsable de l'entité adjudicatrice ne tient pas compte d'une réclamation parce que le marché est entré en vigueur, sous réserve que la réclamation soit présentée dans un délai de vingt jours après que la décision de ne pas tenir compte de la réclamation a été rendue;

c) En application de l'article 43-5, sous réserve que la réclamation soit présentée dans un délai de vingt jours après l'expiration de la période visée à l'article 43-4; ou

d) Si le fournisseur ou entrepreneur s'estime lésé par une décision du responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle) prise en application de l'article 43, sous réserve que la réclamation soit présentée dans un délai de vingt jours après que ladite décision a été rendue.

2. Dès réception d'une réclamation, le [insérer le nom de l'instance administrative] en avise l'entité adjudicatrice (ou l'autorité de tutelle).

3. Le [insérer le nom de l'instance administrative] peut, sauf s'il déboute le requérant, [accorder] [recommander]** 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, à l'exception de tout acte ou décision entraînant l'entrée en vigueur du marché;

e) Réviser une décision illégale de l'entité adjudicatrice ou lui substituer sa propre décision, à l'exception de toute décision entraînant l'entrée en vigueur du marché;

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.

4. Le [insérer le nom de l'instance administrative] rend dans un délai de trente 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.

5. Cette décision est définitive sauf si une action est intentée en vertu de l'article 47.

*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 (art. 47).

**On a décidé d'offrir le choix entre deux variantes afin de tenir compte du cas des États dont les organes compétents ne sont pas habilités à accorder les réparations énumérées ci-dessus, mais peuvent faire des recommandations.

* * *

Article 45. *Certaines règles applicables aux procédures de recours en vertu de l'article 43 [et de l'article 44]*

1. Dès la présentation d'une réclamation en application de l'article 43 [ou de l'article 44], le responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle) [, ou le (insérer le nom de l'instance administrative), selon le cas,] avise tous les fournisseurs ou entrepreneurs participant à la procédure de passation du marché sur laquelle porte la réclamation de la présentation de cette réclamation et de son contenu.

2. Chacun de ces fournisseurs ou entrepreneurs ou toute autorité gouvernementale dont les intérêts sont ou pourraient être lésés par la procédure de recours a le droit de participer à cette procédure. Le fournisseur ou entrepreneur qui ne participe pas à la procédure de recours ne peut formuler par la suite de réclamation du même type.

3. Une copie de la décision du responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle) [, ou du [insérer le nom de l'instance administrative], selon le cas] est remise, dans un délai de cinq jours après que la décision a été rendue, au fournisseur ou entrepreneur qui présente la réclamation, à l'entité adjudicatrice et à tout autre fournisseur ou entrepreneur ou toute autre autorité gouvernementale ayant participé 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.

* * *

Article 46. *Suspension de la procédure de passation du marché*

1. La présentation en temps voulu d'une réclamation en application de l'article 43 [ou de l'article 44] entraîne la suspension de la procédure de passation du marché pendant une période de sept jours, 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.

2. Lorsque le marché entre en vigueur, la présentation en temps voulu d'une réclamation en application de l'article 44 entraîne la suspension de l'exécution du marché pendant une période de sept jours, sous réserve que la réclamation remplisse les conditions énoncées au paragraphe 1 du présent article.

3. Le responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle), [, ou le [insérer le nom de l'instance administrative],] peut prolonger la suspension prévue au paragraphe 1 du présent article [et le [insérer le nom de l'instance administrative]] peut prolonger la suspension prévue au paragraphe 2 du présent article] 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 trente jours.

4. La suspension prévue par le présent article ne s'applique pas si 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.

5. Toute décision prise par l'entité adjudicatrice en vertu du 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 47. *Recours judiciaire*

Le [insérer le nom du tribunal ou des tribunaux] est compétent pour connaître des actions intentées conformément à l'article 42 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 43 [ou de l'article 44].

E. Projet d'amendements au Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux : note du Secrétariat

(A/CN.9/394) [Original : anglais]

1. Lors de l'élaboration de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux, la Commission a estimé que des informations de base et des explications, sous la forme d'un guide pour l'incorporation de la Loi dans le droit interne, apporteraient une aide utile aux gouvernements et aux parlements appliquant ladite Loi. En conséquence, la Commission a adopté le Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux (A/CN.9/393) à sa vingt-sixième session en même temps que la Loi type elle-même (A/48/17, par. 258).

2. Lorsqu'il a examiné les amendements et ajouts à apporter à la Loi type pour qu'elle englobe les marchés de services, le Groupe de travail du nouvel ordre économique international a noté que l'incorporation de dispositions à cet effet accroîtrait l'importance du Guide, du fait, en particulier, que les services représentaient un domaine dans lequel de nombreux parlements et gouvernements avaient une expérience relativement limitée. Le Groupe de travail a exprimé l'espoir que le Guide révisé serait adopté en même temps que la Loi type modifiée (A/CN.9/392, par. 132). Dans cet esprit, l'annexe de la présente note énonce les amendements qu'il est proposé d'apporter au Guide, sur la base du texte du projet de Loi type sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services tel qu'établi par le Groupe de travail au terme de sa dix-septième session et reproduit à l'annexe du rapport sur les travaux de cette session (A/CN.9/392).

3. Compte tenu des directives concernant la limitation de la documentation, il n'a pas été possible de réimprimer l'intégralité du Guide, de sorte que la présente note ne contient que les projets d'amendements et d'ajouts à apporter au Guide pour l'incorporation dans la loi interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux (A/CN.9/393). Dans le cas de changements mineurs, seuls sont indiqués les mots à ajouter ou à modifier. En outre, on notera que dans le texte final des amendements au Guide les mots "biens ou travaux" seront remplacés, lorsqu'il y a lieu, par les mots "biens, travaux ou services". Lorsque les amendements ou ajouts sont importants, le nouveau passage est donné dans son intégralité. Comme cela a été le cas lors de l'adoption du Guide à la vingt-sixième session, la Commission pourrait, après examen et adoption de la Loi type sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services à sa vingt-septième session, laisser au Secrétariat le soin d'établir le texte définitif du Guide pour tenir compte des délibérations et des décisions de la Commission.

ANNEXE

PROJET D'AMENDEMENTS AU GUIDE POUR L'INCORPORATION DANS LE DROIT INTERNE DE LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA PASSATION DES MARCHÉS DE BIENS ET DE TRAVAUX

INTRODUCTION

1. Remplacer le *paragraphe 1* par le texte suivant :

"1. A sa dix-neuvième session, en 1986, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a décidé d'entreprendre des travaux dans le domaine de la passation des marchés. Elle a adopté la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux et le Guide pour l'incorporation dans le droit interne, qui lui fait pendant, à sa vingt-sixième session (Vienne, 5-23 juillet 1993). La Loi type a pour objet de servir de modèle aux États pour l'évaluation et la modernisation de leur législation et de leurs pratiques en matière de passation des marchés et pour l'adoption d'une législation des marchés lorsqu'elle fait défaut. Le texte de la Loi type sur la passation des marchés de biens et de travaux figure à l'annexe 1 du rapport de la CNUDCI sur les travaux de sa vingt-sixième session (*Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-huitième session, Supplément n° 17* (A/48/17).

"1 *bis*. Étant entendu que certains aspects des marchés de services étaient régis par des facteurs différents de ceux qui régissaient les marchés de biens ou de travaux, il avait été décidé de s'en tenir, initialement, à la formulation de dispositions législatives types sur la passation des marchés de biens et de travaux. A sa vingt-sixième session, la Commission, après en avoir terminé sur ce point, a décidé de procéder à l'élaboration de dispositions législatives types sur la passation des marchés de services. Elle a donc, à sa vingt-septième session (New York, 31 mai-17 juin 1994), adopté des amendements à la Loi type sur la passation des marchés de biens et de travaux afin d'y incorporer les marchés de services et a adopté la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés

de biens, de travaux et de services (ci-après dénommée la "Loi type"). Le texte de la Loi type figure à l'annexe I du rapport de la CNUDCI sur les travaux de sa vingt-septième session (*Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, Supplément n° 17* (A/49/17). A la même session, la Commission a aussi adopté le présent Guide, qui fait pendant à la Loi type."

2. *Paragraphe 6*

Dans l'avant-dernière phrase, après les mots "dans des cas exceptionnels", ajouter les mots "lorsqu'il s'agit de biens ou de travaux, ou autres que la sollicitation de propositions relatives à des services, lorsqu'il s'agit de services".

I. CARACTÉRISTIQUES PRINCIPALES DE LA LOI TYPE

3. Remplacer le *paragraphe 10* par le texte suivant :

"10. Pour tenir compte de certaines différences entre les marchés de biens et de travaux et les marchés de services, la Loi type énonce au chapitre IV *bis* un ensemble de procédures conçues spécifiquement pour les marchés de services. Les principales différences auxquelles il est fait référence au paragraphe 1 *bis* tiennent au fait que, contrairement aux marchés de biens et de travaux, les marchés de services supposent généralement la fourniture d'un bien intangible dont la qualité et le contenu exact peuvent être difficiles à évaluer. La qualité précise des services fournis peut dépendre, dans une large mesure, des compétences et des connaissances spécialisées des fournisseurs ou des entrepreneurs. Ainsi, le prix, qui est le principal critère retenu dans le processus d'évaluation pour les marchés de biens et de travaux, est souvent dans le cas des services jugé moins important, dans le processus d'évaluation et de sélection, que la qualité et la compétence des fournisseurs ou des entrepreneurs. Le chapitre IV *bis* a pour objet de prévoir des procédures reflétant ces différences".

4. Remplacer le *paragraphe 13* par le texte suivant :

"13. La Loi type présente plusieurs méthodes de passation des marchés afin de permettre à l'entité adjudicatrice de s'adapter aux circonstances qu'elle pourrait rencontrer. L'État adoptant la Loi type peut ainsi escompter une application aussi large que possible de cette loi. Pour la Loi type, la règle, dans des circonstances normales, pour les marchés de biens ou de travaux, est l'appel d'offres, méthode de passation des marchés reconnue par tous comme la plus efficace pour promouvoir la concurrence, l'économie et l'efficacité, ainsi que les autres objectifs énoncés dans le préambule. Dans le cas des marchés de services, la Loi type prescrit, dans des circonstances normales, la sollicitation de propositions relatives à des services afin de donner l'importance voulue dans le processus d'évaluation aux qualifications et aux connaissances spécialisées des fournisseurs. Pour les cas exceptionnels dans lesquels l'appel d'offres n'est pas approprié ou est impossible pour les marchés de biens ou de travaux, la Loi type propose d'autres méthodes; elle le fait aussi pour les cas où une sollicitation de propositions n'est pas appropriée ou est impossible pour les marchés de services."

5. Ajouter un *paragraphe 14* bis comme suit :

"*Sollicitation de propositions relatives à des services*

"14 *bis*. La sollicitation de propositions étant la méthode à utiliser en règle générale dans la passation de marchés de services, le chapitre IV *bis* contient des procédures de nature à promouvoir la concurrence, l'objectivité et la transparence, tout en tenant compte de l'importance fondamentale des qualifications et des connaissances spécialisées des fournisseurs dans le processus d'évaluation. Les principales caractéristiques de la sollicitation de propositions relatives à des services sont par exemple le fait que le nombre de fournisseurs et d'entrepreneurs n'est, en règle générale, pas restreint et que les critères d'évaluation des propositions, ainsi que la méthode de sélection retenue, parmi les trois possibles, sont divulgués dans la sollicitation de propositions. Selon la première méthode, qui est énoncée à l'article 41 *sexies* 12 et qui est apparentée à l'appel d'offres dans la mesure où il n'y a pas de négociations, l'entité adjudicatrice met les propositions qui ont obtenu une note technique supérieure à un seuil fixé en concurrence directe au niveau des prix. La deuxième méthode (art. 41 *sexies* 13) permet à l'entité adjudicatrice de négocier avec les fournisseurs et les entrepreneurs, après quoi ces derniers soumettent leurs meilleures offres définitives, processus apparenté à la procédure de sollicitation de propositions figurant à l'article 39. Selon la troisième méthode (art. 41 *sexies* 14), l'entité adjudicatrice engage des négociations uniquement sur le prix avec le fournisseur ou l'entrepreneur qui a obtenu la note technique la plus élevée."

6. *Paragraphe 15*

i) Dans la première phrase, après le mot "lorsque", ajouter les mots ", dans le cas de marchés de biens et de travaux;"

ii) Après la première phrase, ajouter le texte suivant : "Celles des trois méthodes indiquées à l'article 17 que l'État adoptant la Loi type a incorporées dans sa législation peuvent aussi être utilisées pour les marchés de services. Toutefois, pour que puisse être utilisée une de ces méthodes, il faut que soient réunies les conditions voulues".

7. *Paragraphe 19*

Remplacer les mots "pour les achats de marchandises normalisées" par les mots "pour les marchandises ou services normalisés".

8. *Paragraphe 21*

Après les mots "procédure d'appel d'offres", ajouter les mots "*ou de la sollicitation de propositions relatives à des services*".

9. *Paragraphe 23*

i) Dans la première phrase, remplacer les mots "l'article 32-4 *d* de la Loi type prévoit" par les mots "*les articles 32-4 d et 41 quater 2 de la Loi type prévoient*";

ii) Dans la troisième phrase, ajouter, à chaque fois qu'apparaît le mot "offre", les mots "*ou proposition*".

10. *Paragraphe 24*

Dans la première phrase, après les mots "permet aussi à l'entité adjudicatrice", ajouter les mots "*lançant un appel d'offres ou une sollicitation de propositions relatives à des services*".

11. *Paragraphe 25*

Dans la première phrase, après les mots "autre que l'appel d'offres", ajouter les mots "*ou la sollicitation de propositions relatives à des services*".

II. OBSERVATIONS ARTICLE PAR ARTICLE

Chapitre premier. Dispositions générales

Article 2. Définitions

12. Remplacer le *paragraphe 3* par le texte suivant :

"3. Aux alinéas *c* et *d* bis, il est indiqué entre parenthèses, à la fin des définitions des mots "biens" et "services", que l'État voudra peut-être mentionner expressément, dans ces définitions, les catégories d'articles qui seront considérés comme des biens ou des services, selon le cas, et dont la qualification

risquerait autrement de ne pas être claire. On a voulu par là préciser ce qui doit être considéré comme des "biens" ou "services" et le but n'est donc pas de limiter le champ d'application de la Loi type, ce qui peut être fait par le biais de l'article 1er-2 *b*. L'État adoptant la loi peut juger souhaitable un tel degré de précision, compte tenu en particulier de la définition non limitative du terme services."

Article 4. Réglementation des marchés

13. *Paragraphe 2*

Après les mots "méthode autre que l'appel d'offres", ajouter les mots "*ou la sollicitation de propositions relatives à des services*".

14. *Paragraphe 3*

Après la référence à l'article 32-4 *d*, ajouter une référence à l'article 41 *quater* 2.

Article 7. Procédure de présélection

15. *Paragraphe 1*

Dans la dernière phrase, après le mot "soumission", ajouter les mots "*ou proposition*", et après le mot "soumissions", ajouter les mots "*ou propositions*".

Article 11. Procès-verbal de la procédure de passation des marchés

16. *Paragraphe 1*

A la fin du paragraphe, ajouter la phrase suivante : "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 toutes 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."

17. Après les observations sur l'*article 11*, effectuer les modifications suivantes :

i) Ajouter le titre "*Article 11* bis. *Rejet de toutes les offres, propositions ou prix*" et le faire suivre des observations relatives à l'article 33 (telles que modifiées par ii ci-après);

ii) Chaque fois qu'apparaît le mot "offres", ajouter les mots "*propositions ou prix*".

iii) Ajouter le texte suivant :

"*Article 11* ter. *Entrée en vigueur du marché*

"Un article 11 *ter* a été ajouté car, pour des raisons de transparence, il est important que les fournisseurs et les entrepreneurs connaissent à l'avance les modalités d'entrée en vigueur du marché. L'article 35 énonce à ce propos, dans le contexte de l'appel d'offres, des règles détaillées, auxquelles il est fait référence au paragraphe 1. Mais aucune règle n'est donnée pour les autres méthodes de passation de marchés, du fait que les circonstances dans lesquelles elles sont utilisées peuvent varier et que les procédures qui y sont liées sont traitées de façon moins détaillée dans la Loi type. Dans la plupart des cas, l'entrée en vigueur du marché sera régie, pour ces autres méthodes, par d'autres branches du droit, telles que le droit administratif ou le droit des contrats de l'État adoptant la Loi type. Toutefois, afin d'assurer un degré suffisant de transparence, il est stipulé que, dans les autres méthodes, l'entité adjudicatrice divulgue à l'avance aux fournisseurs et aux entrepreneurs les règles qui s'appliquent pour l'entrée en vigueur du marché."

Chapitre II. Méthodes de passation des marchés et conditions d'utilisation de ces méthodes

18. Remplacer les observations sur l'*article 16* par le texte suivant :

"1. L'article 16 établit la règle, déjà examinée au paragraphe 13 de l'Introduction du présent Guide, selon laquelle, pour les biens ou les travaux, la méthode normale de passation des marchés est l'appel d'offres, et pour les services, la sollicitation de propositions de services, telle que présentée au chapitre IV *bis*. Pour les circonstances exceptionnelles dans lesquelles un appel d'offres pour des biens ou des travaux, même s'il est possible, n'est pas la méthode que l'entité adjudicatrice juge la plus appropriée pour obtenir le meilleur rapport qualité-prix, la Loi type prévoit un certain nombre d'autres méthodes de passation de marchés. Dans le cas des services, l'entité adjudicatrice peut recourir à l'appel d'offres, lorsqu'elle peut formuler des spécifications détaillées et que la nature des services permet un appel d'offres; elle peut sinon utiliser l'une des autres méthodes que propose la Loi type si les conditions de cette utilisation sont remplies.

"2. Le paragraphe 4 de l'article 16 dispose qu'une décision de recourir à une méthode autre que l'appel d'offres, dans le cas de biens ou de travaux, ou que la sollicitation de propositions dans les cas de services, doit faire l'objet dans le procès-verbal d'un exposé des motifs et des circonstances justifiant la décision. En effet, la décision de recourir à une méthode de passation des marchés exceptionnelle, plutôt qu'à la méthode normalement requise (c'est-à-dire l'appel d'offres pour les biens ou les travaux et la soumission de propositions pour les services) ne devrait pas être prise secrètement ou officieusement."

Article 17. 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

19. *Paragraphe 1*

Dans la première phrase, après les mots "autre que l'appel d'offres", ajouter les mots "*ou la soumission de propositions relatives à des services*".

20. *Paragraphe 2*

i) Après les mots "de formuler des spécifications", ajouter les mots "*pour les biens ou les travaux ou, selon le cas, de déterminer les caractéristiques des services*".

ii) Après les mots "autre que l'appel d'offres, ajouter les mots "*ou la soumission de propositions relatives à des services*".

21. Du fait de l'addition à la Loi type d'un chapitre IV *bis*, ajouter le texte suivant :

"Chapitre IV *bis*. Sollicitation de propositions relatives à des services

"Les articles 41 *bis* à *septies* présentent les procédures concernant la sollicitation de propositions relatives à des services, méthode qui doit normalement être utilisée dans le cas des

marchés de services. Comme il a été noté au paragraphe 10 de la section I du présent Guide, la principale différence entre les marchés de biens et de travaux et les marchés de services réside dans le processus d'évaluation et de sélection. Les dispositions du chapitre IV *bis* qui diffèrent le plus de l'appel d'offres se trouvent à l'article 41 *sexies* relatif aux procédures de sélection. Les autres articles de ce chapitre, comme ceux qui concernent la sollicitation de propositions et la teneur des sollicitations de propositions, font généralement pendant aux dispositions portant sur les points analogues du chapitre III relatif à la procédure d'appel d'offres. Cette correspondance est due au fait que l'appel d'offres et la sollicitation de propositions relatives à des services sont les méthodes à utiliser dans la majeure partie des marchés et sont donc destinées à maximiser l'économie et l'efficacité dans la passation des marchés et à promouvoir les autres objectifs énoncés dans le préambule."

"*Article 41* bis. *Sollicitation de propositions*

"1. Conformément à l'objectif de la Loi type qui est de favoriser la concurrence dans la passation des marchés et du fait que la sollicitation de propositions est la principale méthode utilisée pour les marchés de services, l'article 41 *bis* a pour but de donner au plus grand nombre possible de fournisseurs et d'entrepreneurs le moyen de savoir qu'une procédure de passation de marché a été entamée et d'exprimer leur intérêt. Comme dans la procédure d'appel d'offres, il est prévu à cette fin que l'invitation à participer doit être largement publiée.

"2. Cependant, dans certains cas généralement analogues à ceux qui justifient le recours à l'appel d'offres restreint (art. 18), l'appel d'offres général peut être injustifié ou aller à l'encontre des objectifs d'économie et d'efficacité. Le paragraphe 3 énonce donc les cas où l'entité adjudicatrice n'a pas à utiliser la sollicitation générale. L'État adoptant la Loi type peut souhaiter fixer, dans la réglementation des marchés, la valeur en dessous de laquelle les entités adjudicatrices ne sont pas contraintes, en vertu des paragraphes 2 et 3 de l'article, de recourir à l'appel d'offres général. On notera, à cet égard, que cette valeur minimale pourrait être moins élevée pour les services que pour les marchandises et les travaux."

"*Article 41* ter. *Teneur des sollicitations de propositions relatives à des services*

"1. L'article 41 *ter* contient une liste des renseignements minimaux à inclure dans la sollicitation de propositions afin d'aider les fournisseurs et les entrepreneurs à établir leurs propositions et de permettre à l'entité adjudicatrice de comparer ces propositions sur la même base. La méthode la plus souvent utilisée étant la sollicitation de propositions, l'article 41 *ter* fait largement pendant, quant au niveau de précision et au fond, aux dispositions relatives à la teneur du dossier de sollicitation dans la procédure d'appels d'offres (art. 25).

"2. Les paragraphes *h* et *i* reflètent le fait que, dans de nombreux marchés de services, l'entité adjudicatrice peut ne pas connaître totalement la nature et les caractéristiques des services à fournir. Comme on l'a vu au paragraphe 10 de la section I du présent Guide, le prix des propositions peut n'être pas toujours un critère important dans les marchés de services; les paragraphes *k* et *l* ne sont donc applicables que si le prix est un critère à retenir dans le processus de sélection."

"*Article 41* quater. *Critères d'évaluation des propositions*

"1. L'article 41 *quater* énonce les critères que l'entité adjudicatrice est autorisée à appliquer pour évaluer les propositions. Pas plus que dans d'autres parties de la Loi type où des critères de ce genre sont énumérés, l'entité adjudicatrice n'est pas nécessairement tenue de les appliquer tous pour chaque marché. Cependant, pour favoriser la transparence, elle doit appliquer les mêmes critères à toutes les propositions et n'est pas autorisée à appliquer des critères qui n'ont pas été divulgués aux fournisseurs et entrepreneurs dans la sollicitation de propositions.

"2. Un des critères énoncés au paragraphe 1 *a* concerne les qualifications et les compétences du personnel appelé à participer à la fourniture des services, ce qui reflète l'importance accordée aux aptitudes et aux connaissances spécialisées des fournisseurs et des entrepreneurs dans la plupart des marchés de services. Ce critère sera particulièrement important lorsque les services faisant l'objet du marché exigent que les fournisseurs aient des qualifications et des connaissances très poussées, comme dans le cas de services d'ingénierie. En établissant comme un des critères possibles la mesure dans laquelle la proposition soumise permet de répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice, le paragraphe 1 *b* donne à cette dernière la possibilité d'éliminer une proposition dont les aspects techniques et qualitatifs ont été forcés par rapport à la demande de l'entité adjudicatrice afin d'obtenir une note élevée lors de la sélection, et de tenter ainsi artificiellement de contraindre l'entité adjudicatrice à négocier avec l'auteur de la proposition.

"3. Les paragraphes 1 *d* et *e* et 2 sont analogues aux dispositions applicables à l'appel d'offres à l'article 32-4 *c* iii, iv et *d*. Les observations formulées dans le présent Guide sur ces dispositions dans le contexte de l'appel d'offres (voir par. 3 à 6 des observations sur l'article 32 valent donc aussi pour l'article 41 *quater*."

"*Article 41* quinquies. *Clarification et modification des sollicitations de propositions*

"L'article 41 *quinquies* reprend les dispositions de l'article 26 sur la même question dans le cadre de l'appel d'offres et les observations concernant l'article 26 valent donc aussi pour l'article 41 *quinquies*."

"*Article 41* sexies. *Procédures de sélection*

"1. Le paragraphe 1 *b* permet le recours, pour la sélection des propositions, à un jury composé d'experts indépendants, procédure qu'utilisent parfois les entités adjudicatrices, notamment dans les concours de projets ou pour les marchés de services ayant une composante artistique ou esthétique importante. Les États adoptant la Loi type qui ont recours à un tel jury peuvent souhaiter inclure d'autres règles dans la réglementation des marchés concernant, par exemple, toutes distinctions à établir entre un jury ayant un rôle simplement consultatif, un jury dont le rôle est limité aux aspects esthétiques et artistiques des propositions et un jury habilité à prendre des décisions liant l'entité adjudicatrice.

"2. Les paragraphes 2, 3 et 4 énoncent trois méthodes de sélection des propositions de façon à permettre à l'entité adjudicatrice, dans le cadre d'une sollicitation de propositions relatives à des services, d'utiliser la méthode qui correspond le mieux aux besoins et aux circonstances particuliers de chaque marché. Le choix d'une méthode dépend dans une large mesure du type de services à fournir et des principaux facteurs qui seront pris en considération dans la procédure de sélection. Il est important de savoir, notamment, si l'entité adjudicatrice souhaite engager des négociations avec les fournisseurs et les entrepreneurs et, dans ce cas, à quel stade de la procédure de sélection. Ainsi, si les services à fournir sont relativement courants et n'exigent pas de compétences et de connaissances poussées, l'entité adjudicatrice peut souhaiter utiliser la méthode prévue au paragraphe 2, qui est davantage axée sur le prix

et qui, comme l'appel d'offres, ne comprend pas de négociations. En revanche, pour des services où les compétences et les connaissances du fournisseur ou de l'entrepreneur ont une importance cruciale, l'entité adjudicatrice peut souhaiter recourir à l'une des méthodes prévues aux paragraphes 3 et 4, car elles permettent, comme dans l'appel d'offres, de mettre davantage l'accent sur ces critères et prévoient des négociations.

"3. Comme on l'a vu, la méthode prévue au paragraphe 2 peut être plus appropriée dans les marchés de services où la considération dominante est davantage le prix que les compétences et les connaissances spécialisées des fournisseurs et des entrepreneurs et lorsque l'entité adjudicatrice ne souhaite pas négocier. Toutefois, pour veiller à ce que les fournisseurs et les entrepreneurs possèdent des compétences et des connaissances suffisantes, la Loi type dispose que l'entité adjudicatrice doit fixer un seuil permettant d'évaluer les aspects des propositions autres que le prix. Si le seuil est fixé à un niveau relativement élevé, tous les fournisseurs et entrepreneurs dont les propositions l'atteignent ou le dépassent ont, selon toutes probabilités, des compétences plus ou moins équivalentes. Forte de cette certitude, l'entité adjudicatrice peut alors choisir la proposition à retenir sur la base du prix uniquement, conformément au paragraphe 2 *b* i, sur la base de la meilleure évaluation associant à la fois le prix et des critères autres que le prix, conformément au paragraphe 2 *b* ii.

"4. Le paragraphe 3 énonce une méthode de sélection apparentée à la procédure d'évaluation pour la sollicitation de propositions prévue à l'article 39. Elle convient donc tout particulièrement dans les cas où l'entité adjudicatrice sollicite diverses propositions offrant la meilleure réponse à ses besoins. En permettant des négociations au stade initial avec tous les fournisseurs et entrepreneurs, elle donne la possibilité à l'entité adjudicatrice de mieux préciser ses besoins et aux fournisseurs et entrepreneurs d'en tenir compte lors de l'établissement de leur "meilleure offre définitive". L'alinéa *c* a pour objectif de veiller à ce que l'on ne donne pas au prix de la proposition un poids démesuré dans le processus d'évaluation au détriment des aspects techniques et autres, y compris des compétences de ceux qui participeront à la fourniture des services.

"5. Une troisième procédure de sélection, qui prévoit aussi des négociations et qui a toujours été largement utilisée, notamment dans les marchés de services intellectuels, est énoncée au paragraphe 4. Selon cette procédure, l'entité adjudicatrice fixe un seuil pour la qualité et les aspects techniques des propositions et classe ensuite les propositions qui ont obtenu une note supérieure au seuil, en s'assurant que les fournisseurs et les entrepreneurs avec lesquels elle négociera sont capables de fournir les services demandés. Elle engage ensuite des négociations avec chacun de ces fournisseurs et entrepreneurs séparément, en commençant par celui qui a obtenu la note la plus élevée jusqu'à attribution du marché à l'un d'entre eux. Ces négociations visent à faire obtenir à l'entité adjudicatrice un prix juste et raisonnable pour les services demandés. Si l'entité adjudicatrice n'est pas autorisée à rouvrir des négociations avec des fournisseurs ou entrepreneurs avec lesquels elle les avait terminées, c'est pour éviter des négociations d'une durée indéfinie qui pourraient conduire à des abus et entraîner des retards inutiles. Toutefois, cette restriction, bien qu'offrant l'avantage d'imposer une certaine discipline dans la passation des marchés, enlève à l'entité adjudicatrice la possibilité de réexaminer une proposition dont la suite de négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs montrerait qu'elle aurait été plus favorable. Cela donne à penser que cette méthode de sélection n'est pas conçue pour établir en matière de prix une concurrence aussi ouverte que pourrait le souhaiter l'entité adjudicatrice."

"Article 41 septies. Confidentialité

"La raison d'être de l'article 41 *septies* est que, pour prévenir les abus dans les procédures de sélection et promouvoir la confiance dans la passation des marchés, il importe que toutes les parties respectent le principe de la confidentialité, en particulier lorsque des négociations sont prévues. Une telle confidentialité est importante notamment pour protéger toute information commerciale ou autre que les fournisseurs ou entrepreneurs pourraient inclure dans leurs propositions et dont ils ne souhaiteraient pas qu'elles soient portées à la connaissance de leurs concurrents."

II. GARANTIES ET LETTRES DE CRÉDIT STAND-BY

A. Rapport du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux sur les travaux de sa vingtième session

(Vienne, 22 novembre-3 décembre 1993) (A/CN.9/388) [Original : anglais]

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes
INTRODUCTION	1-11
I. DÉLIBÉRATIONS ET DÉCISIONS	12-13
II. EXAMEN DES ARTICLES D'UN PROJET DE CONVENTION SUR LES LETTRES DE GARANTIE INTERNATIONALES	14-112
CHAPITRE IV. DROITS, OBLIGATIONS ET MOYENS DE RECOURS (*suite*)	14-37
Article 18. Demande de prorogation ou de paiement	14
Article 19. Demande incorrecte	15-30
Article 20. Compensation	31-37
CHAPITRE V. MESURES JUDICIAIRES PROVISOIRES	38-73
Article 21. Mesures conservatoires [à l'encontre de l'émetteur ou du bénéficiaire]	38-73
CHAPITRE VI. COMPÉTENCE	74-84
Article 24. Choix du tribunal ou de l'arbitrage	74-84
Article 25. Détermination de la juridiction compétente	74-84
CHAPITRE VII. CONFLIT DE LOIS	85-89
Article 26. Choix de la loi applicable	85-89
Article 27. Détermination de la loi applicable	85-89
CHAPITRE PREMIER. CHAMP D'APPLICATION	90-112
Article 1er. Champ d'application	90-106
Article 2. Lettre de garantie	107-112
III. TRAVAUX FUTURS	113

INTRODUCTION

1. Conformément à une décision prise par la Commission à sa vingt et unième session[1], le Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux s'est attaché, à sa douzième session, à examiner le projet de Règles uniformes en matière de garanties qu'établissait la Chambre de commerce internationale (CCI) et à déterminer s'il était souhaitable et possible de parvenir à une plus grande uniformité de la législation relative aux garanties et aux lettres de crédit stand-by (A/CN.9/316). Le Groupe de travail a recommandé que l'on commence à élaborer une loi uniforme, que ce soit sous la forme d'une loi type ou d'une convention. A sa vingt-deuxième session, la Commission a accepté la recommandation du Groupe de travail tendant à ce que l'on commence à élaborer une loi uniforme, et a chargé le Groupe de travail de cette tâche[2].

2. A sa treizième session (A/CN.9/330), le Groupe de travail a commencé ses travaux en examinant les questions qui pourraient être traitées dans une loi uniforme, telles qu'elles étaient présentées dans une note du Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.65). Ces questions touchaient le champ d'application de la loi uniforme quant au fond, l'autonomie des parties et ses limites et les règles d'interprétation possibles. Le Groupe de travail a aussi engagé un échange de vues préliminaire sur les questions touchant la forme de la lettre de garantie ou de la lettre de crédit stand-by et le moment de leur établissement.

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-troisième session, Supplément n° 17* (A/43/17), par. 22.

[2] *Ibid., quarante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/44/17), par. 244.

3. A sa quatorzième session (A/CN.9/342), le Groupe de travail a examiné les projets d'articles premier à 7 de la loi uniforme établis par le Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.67). Il a également examiné les questions présentées dans une note du Secrétariat sur les points ci-après : modification, transfert, expiration et obligations du garant (A/CN.9/WG.II/WP.68).

4. A sa quinzième session (A/CN.9/345), le Groupe de travail a examiné certaines questions relatives aux obligations du garant. Ces questions étaient présentées dans la note du Secrétariat sur les points ci-après : modification, transfert, expiration et obligations du garant (A/CN.9/WG.II/WP.68). Le Groupe de travail a ensuite examiné les questions traitées dans la note du Secrétariat concernant la fraude et autres motifs de non-paiement et les mesures conservatoires et autres mesures judiciaires (A/CN.9/WG.II/WP.70) et les questions traitées dans la note du Secrétariat relative au conflit de lois et à la juridiction compétente (A/CN.9/WG.II/WP.71).

5. A sa seizième session (A/CN.9/358), le Groupe de travail a examiné les projets d'articles premier à 13 et, à sa dix-septième session (A/CN.9/361), les projets d'articles 14 à 27 de la loi uniforme établis par le Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.73 et Add.1). A ses dix-huitième et dix-neuvième sessions (A/CN.9/372 et 374), le Groupe de travail a examiné les nouvelles révisions des projets d'articles (figurant dans le document A/CN.9/WG.II/WP.76 et Add.1) qui, conformément à la décision prise provisoirement par le Groupe de travail à sa seizième session, devaient être présentées sous la forme d'un projet de convention (A/CN.9/361, par. 147).

6. Le Groupe de travail, qui est composé de tous les États membres de la Commission, a tenu sa vingtième session à Vienne du 22 novembre au 3 décembre 1993. Y ont assisté les représentants des États suivants membres du Groupe de travail : Allemagne, Arabie saoudite, Autriche, Canada, Chine, Costa Rica, Égypte, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Hongrie, Inde, Iran (République islamique d'), Japon, Maroc, Mexique, Nigéria, Pologne, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Slovaquie, Thaïlande et Uruguay.

7. Ont également assisté à la session des observateurs des États suivants : Arménie, Australie, Bolivie, Émirats arabes unis, Finlande, Indonésie, Myanmar, Nicaragua, République tchèque, Roumanie, Suède, Suisse, Turquie et Ukraine.

8. Ont en outre assisté à la session des observateurs des organisations internationales ci-après : Organisation des Nations Unies pour le développement industriel (ONUDI) et Conférence de La Haye de droit international privé.

9. Le Groupe de travail a élu le bureau suivant :

Président : M. J. Gauthier (Canada)

Rapporteur : M. V. Tuvayanond (Thaïlande)

10. Le Groupe de travail était saisi des documents ci-après : ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.II/WP.79), note du Secrétariat contenant les articles 12 à 27 du projet de convention (A/CN.9/WG.II/WP.76/Add.1) et nouvelle révision des articles premier à 17 (A/CN.9/WG.II/WP.80) établie par le Secrétariat à la suite de la dix-neuvième session.

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

1. Élection du bureau.
2. Adoption de l'ordre du jour.
3. Élaboration d'un projet de convention sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by.
4. Questions diverses.
5. Adoption du rapport.

I. DÉLIBÉRATIONS ET DÉCISIONS

12. Le Groupe de travail a examiné les projets d'articles 18 à 27 figurant dans le document A/CN.9/WG.II/WP.76/Add.1 et les projets d'articles premier et 2-1 figurant dans le document A/CN.9/WG.II/WP.80 et a étudié en particulier la question de savoir si une règle donnée était appropriée à la fois pour les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by ou pour un de ces types d'engagement seulement.

13. Les délibérations et conclusions du Groupe de travail relatives aux projets d'articles 18 à 27 et premier et 2-1 du projet de convention sont résumées ci-après au chapitre II. Le Secrétariat a été prié d'établir, sur la base de ces conclusions, un projet révisé de texte des articles 18 à 27 et premier et 2-1.

II. EXAMEN DES ARTICLES D'UN PROJET DE CONVENTION SUR LES LETTRES DE GARANTIE INTERNATIONALES

Chapitre IV. Droits, obligations et moyens de recours *(suite)*

Article 18. Demande de prorogation ou de paiement

14. Il a été rappelé qu'à la dix-septième session, il avait été avancé que la procédure de prorogation ou de paiement était incompatible avec la pratique en matière de lettres de crédit stand-by et ne devrait donc pas s'appliquer aux lettres de garantie émises sous cette forme. Le Groupe de travail a noté que la suppression de l'article 18 aurait le même résultat, c'est-à-dire que la procédure de prorogation ou de paiement ne s'appliquerait qu'aux garanties sur demande. En effet, les lettres de crédit stand-by étaient soumises aux Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires (RUU), qui ne traitent pas des cas de prorogation ou de paiement, et les garanties sur demande incorporeraient sans doute les Règles uniformes relatives aux garanties sur demande (RUGD), dont l'article 26 énonce des règles qui sont en gros comparables à celles proposées par la variante A. Aussi le Groupe de travail a-t-il décidé de supprimer l'article 18.

Article 19. Demande incorrecte

Chapeau

15. Le Groupe de travail était saisi de deux variantes du chapeau de l'article 19. La variante A reproduisait certains

éléments déjà énoncés au paragraphe 2 de l'article 17, à savoir l'obligation faite à l'émetteur de rejeter une demande au motif qu'elle est incorrecte et la condition selon laquelle il doit apparaître clairement et sans aucun doute à l'émetteur que la demande est incorrecte. Il a dans l'ensemble été jugé que cette répétition posait des problèmes et était superflue. Le Groupe de travail a approuvé dans l'ensemble la structure actuelle, consistant à définir à l'article 19 une demande incorrecte et à indiquer au paragraphe 2 de l'article 17 les conséquences juridiques d'une telle demande. Le Groupe de travail a interprété la référence à l'article 19, figurant au paragraphe 2 de l'article 17, comme visant uniquement la définition d'une demande incorrecte et non comme se rattachant à la question, visée dans la variante A, du caractère manifeste de l'incorrection. Le Groupe de travail a préféré la variante B qui était plus claire et plus simple et qui ne faisait pas double emploi avec le paragraphe 2 de l'article 17.

16. Il a été noté que l'application de l'article 19 à une obligation de l'émetteur de ne pas payer serait examinée après que le Groupe de travail aurait étudié l'article 17-2. Il a également été déclaré que, si une telle obligation était imposée, les lettres de crédit stand-by devraient être exclues.

Alinéa a

17. Des avis ont été échangés quant à la condition énoncée entre crochets, selon laquelle le bénéficiaire devait savoir qu'un document était falsifié pour que cette falsification rende la demande incorrecte. Selon un avis, l'alinéa *a* devrait être rédigé de manière plus objective, ce qu'on pourrait faire en supprimant la référence à la connaissance qu'avait le bénéficiaire. Il a été déclaré que, puisque la falsification devait être objectivement perceptible ou "ne pas faire de doute" pour une "personne raisonnable" et que ce serait normalement à l'émetteur de la lettre de garantie de déterminer si un document présenté à l'appui d'une demande de paiement était falsifié, il n'était pas nécessaire d'évaluer ce que le bénéficiaire savait ou aurait dû savoir. Il a donc été proposé que l'alinéa soit modifié comme suit : "Il ne fait pas de doute que tout document est falsifié". Le Groupe de travail, tout en ne rejetant pas la suggestion tendant à supprimer la référence à ce que savait le bénéficiaire, n'a pas opté pour l'inclusion de termes relatifs au niveau de preuve requis. Comme il est noté à propos du chapeau, il a été convenu que cette question devrait être traitée séparément, à l'article 17.

18. Pour ce qui est des mots "tout document est falsifié", il a été avancé que la notion de falsification avait peut-être un sens technique dans certaines juridictions, ce qui fait qu'une demande serait considérée comme incorrecte, même si la falsification en question était insignifiante, dans la mesure où elle ne modifiait pas l'équilibre commercial de l'opération et avait peut-être même été effectuée sans que le bénéficiaire en ait connaissance. Il a été noté, par exemple, que, conformément à la jurisprudence dans un certain nombre de pays, la présence d'une date falsifiée sur un connaissement présenté à l'appui d'une demande en garantie, sans que le bénéficiaire soit conscient de la falsification, ne compromettrait pas nécessairement la validité de la demande. Il a donc été proposé d'ajouter par exemple le libellé suivant : "ou a de toute autre manière été frauduleusement complété", notamment si l'on supprimait la référence à ce que savait le bénéficiaire. Il a toutefois été rappelé que le Groupe de travail avait antérieurement décidé d'éviter d'utiliser des termes tels que "fraude" ou "abus". Il a été proposé de faire plutôt référence à une falsification qui serait "substantielle". Toutefois, selon l'avis qui a prévalu, il fallait conserver la référence actuelle à la falsification, étant entendu que la référence à ce que savait le bénéficiaire serait supprimée.

Alinéa b

19. Les participants ont débattu la question de savoir s'il faudrait conserver l'alinéa *b*. Les tenants de la suppression de cet alinéa ont noté que la situation visée à l'alinéa *b* pouvait être considérée comme un aspect de la situation plus générale visée à l'alinéa *c*. A ce propos, il a été avancé que le domaine d'application de cet alinéa était contestable, car le Groupe de travail avait déjà décidé que les garanties sur simple demande devraient être régies par le projet de convention, ce qui rendait superflus les mots entre crochets ("sur la base des motifs présentés dans la demande et des documents joints"). A l'appui du maintien de l'alinéa, il a été déclaré que les alinéas *b* et *c* se chevauchaient peut-être, mais qu'il fallait conserver l'alinéa *b*, afin de traiter des cas particuliers où la justification d'une demande était limitée par le texte même de la lettre de garantie, par exemple le cas où la non-exécution d'une obligation donnée devait être invoquée pour obtenir paiement en vertu d'une garantie de bonne exécution. On a fait référence au cas où il y avait incohérence entre les documents présentés dans une demande de paiement. Dans un tel cas, si une demande de paiement apparemment conforme était présentée par le bénéficiaire et que l'émetteur savait que l'obligation ayant fait l'objet de la garantie avait été exécutée de manière satisfaisante, il a été déclaré que l'alinéa *b* était nécessaire, afin qu'il soit bien clair que l'émetteur n'était pas tenu d'étudier, au-delà des affirmations du bénéficiaire, s'il était envisageable que la demande soit fondée sur d'autres motifs, comme on pourrait le conclure par erreur à la lecture de l'alinéa *c*. Il a été répondu que les banques n'étaient pas à même de procéder à certaines des déterminations requises à l'alinéa *b*, alors que les tribunaux pouvaient le faire; aussi ne devrait on pas imposer une telle obligation. Selon l'avis qui a prévalu, l'alinéa *b* devait être retenu.

20. Pour ce qui est de la teneur de l'alinéa *b*, il a été noté que la connaissance qu'avait le bénéficiaire était une condition de l'applicabilité de cet alinéa. Il a été avancé que, pour les raisons ayant présidé à la suppression du libellé similaire à l'alinea *a*, les premiers mots de l'alinéa *b* ("le bénéficiaire sait ou ne saurait ignorer qu'") devraient être eux aussi supprimés. Il a été répondu que la connaissance qu'avait le bénéficiaire était une condition nécessaire, afin de protéger le bénéficiaire de bonne foi qui aurait présenté une demande de paiement sans savoir qu'en fait aucun paiement n'était dû. Il a été avancé qu'une telle mesure de protection du bénéficiaire de bonne foi se rencontrait dans la jurisprudence dans un certain nombre de pays et constituait un élément propre à réduire les incertitudes et à promouvoir la fiabilité de l'effet. Selon l'avis qui a prévalu, que le bénéficiaire ait ou non connaissance des manœuvres ayant résulté dans la présentation d'une demande alors qu'en fait aucun paiement n'était dû, la Convention ne devrait pas autoriser le paiement dans un tel cas.

21. Après un débat, le Groupe de travail a décidé que l'alinéa *b* devrait être libellé comme suit : "aucun paiement n'est dû sur la base des motifs présentés dans la demande et des documents joints".

Alinéa c

22. Le Groupe de travail a jugé que l'alinéa *c* était dans l'ensemble acceptable.

Paragraphe 2

23. Il a été noté que le paragraphe 2 avait pour objet de décrire certains cas typiques dans lesquels il était évident que la demande n'avait pas de justification concevable. Le Groupe de travail était saisi de deux variantes fondées sur les propositions faites lors de la dix-septième session. La variante X énonçait une formule générale relative à l'absence de justification concevable, présentant un certain nombre de cas dans lesquels le caractère injustifié de la demande était en général clair et sans ambiguïté. La variante Y comportait une liste non exhaustive de cas qui pouvaient se produire, selon les types d'instruments utilisés.

24. Des avis divergents ont été exprimés quant au maintien ou non du paragraphe 2. Selon un avis, la définition de la demande incorrecte figurant au paragraphe 1 était suffisante et le fait qu'il soit difficile de déterminer clairement dans quel cas une demande n'avait à l'évidence pas de justification concevable affaiblirait l'impact du paragraphe 2. A ce propos, diverses suggestions ont été faites. Selon un avis, les variantes X et Y pourraient être reprises en substance dans un commentaire, ce qui permettrait d'éliminer le paragraphe 2. Selon un autre avis, les variantes X et Y pourraient être supprimées et la question de la fraude et d'autres problèmes liés à l'opération sous-jacente pourraient être traités ailleurs dans la Convention et être axés sur le rôle des tribunaux plutôt que sur l'obligation de l'émetteur. Selon un autre avis encore, les variantes X et Y pourraient être supprimées à condition que soit ajoutée à l'alinéa *c* du paragraphe 1 une référence à l'opération sous-jacente telle que "compte dûment tenu des obligations sous-jacentes". A cet égard, il a été noté que l'ajout proposé à l'alinéa *c* du paragraphe 1 pourrait être source d'incertitudes car on ne saurait pas dans quelle mesure tenir compte de l'opération sous-jacente pour déterminer si la demande était incorrecte.

25. Toutefois, selon l'avis qui a prévalu, le paragraphe 2 devrait être conservé, car il constituerait un guide utile lorsqu'il s'agirait de déterminer si une demande avait ou non une justification concevable.

26. Des avis divergents ont été exprimés quant aux deux variantes du paragraphe 2. La variante Y a reçu un certain appui au motif qu'elle énonçait une liste de cas pouvant se produire selon les types de lettres de garantie utilisés et qu'elle pourrait faire office de guide. Le fusionnement des variantes X et Y a également reçu un certain appui. A ce propos, il a été noté que les variantes X et Y n'étaient pas mutuellement exclusives, car la variante X énonçait des règles générales et la variante Y énumérait différentes situations. Selon un autre avis, le paragraphe 2 ne devrait traiter que des cas les plus évidents dans lesquels une demande n'avait pas de justification concevable et devrait être modifié afin d'être applicable dans le contexte d'une procédure judiciaire. C'est toutefois la variante X qui a reçu le plus large appui, au motif qu'elle était plus simple et plus claire. Il a été noté que la variante X donnait une liste non exhaustive de cas généraux dans lesquels la demande n'avait pas de justification concevable.

27. Pour ce qui est de la teneur de la variante X, on a craint que l'alinéa *b* ne contraigne l'émetteur à devoir déterminer des questions n'entrant pas dans son domaine de compétence telles que la compétence du tribunal et la valeur juridique de la sentence arbitrale. On a également craint que l'alinéa *b*, qui disposait que la demande n'aurait pas de justification concevable si l'obligation sous-jacente avait été déclarée invalide par un tribunal ou un tribunal arbitral, ne soit par trop large, car, dans la pratique, il était possible qu'une lettre de garantie soit émise pour couvrir précisément une telle éventualité. Il a été avancé que l'on pourrait résoudre ce problème en soumettant l'alinéa *b* au droit des parties de convenir d'une disposition contraire dans la lettre de garantie. Selon un avis connexe, l'ensemble du paragraphe 2 devrait être soumis à l'autonomie des parties. On a craint qu'une telle modification ne permette aux parties d'exclure les cas les plus graves de demande incorrecte, ce qui pourrait être contraire à l'ordre public. Le Groupe de travail a donc convenu d'une modification plus limitée, consistant à inclure dans le nouveau projet un libellé entre crochets indiquant que les parties pouvaient disposer dans la lettre de garantie qu'une demande ne serait pas incorrecte au cas où un des objets au moins de la lettre de garantie était de couvrir le risque que l'opération sous-jacente soit déclarée invalide par un tribunal ou un tribunal arbitral.

28. On a également craint que la variante X n'englobe pas les cas où il y avait une disproportion manifeste entre le préjudice subi et le montant demandé en vertu de la lettre de garantie; cette préoccupation avait déjà été exprimée lors de la dix-septième session du Groupe de travail. A ce propos, il a été avancé que cette idée devrait être traitée soit à l'alinéa *c* de la variante X, soit dans un nouvel alinéa *e* par l'ajout d'un libellé tel que : "le montant demandé est manifestement disproportionné au préjudice subi". Cette suggestion n'a pas reçu un appui suffisant, notamment parce qu'il ne s'agissait pas là d'un cas où la demande n'avait pas de justification concevable et parce que le problème pourrait être traité par l'inclusion dans la lettre de garantie d'un mécanisme de réduction.

29. Selon un avis, l'alinéa *d* était ambigu, notamment parce qu'il pourrait être difficile à l'émetteur de déterminer pour quelles raisons le donneur d'ordre ne s'était pas acquitté de son obligation sous-jacente. En outre, il a été noté qu'il pouvait y avoir d'autres actes ou omissions du bénéficiaire, outre une faute délibérée, susceptibles d'empêcher l'exécution de l'obligation sous-jacente, ce qui indiquerait que la demande n'était peut-être pas fondée. Toutefois, la proposition de suppression de l'alinéa *d* n'a pas été retenue par le Groupe de travail.

30. Après un débat, le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'établir un projet révisé de paragraphe 2 fondé sur la variante X, sous réserve de la modification convenue pour l'alinéa *b*, afin d'englober les cas où il était évident que la demande n'avait pas de justification concevable.

Article 20. Compensation

31. Il a été rappelé que le libellé "en se prévalant d'un droit à compensation", dans la variante A, avait été préféré au libellé "par compensation", le Groupe de travail ayant considéré que la législation générale de la compensation pourrait imposer d'autres restrictions (A/CN.9/361, par. 97 et 98). Allant encore plus loin, la variante B énonçait simplement la restriction et interdisait, pour les créances cédées par le donneur d'ordre, l'exercice de tout droit à compensation pouvant être invoqué en vertu de la législation générale de la compensation. De manière générale, la préférence est allée à l'approche adoptée dans la variante A qui, a-t-on déclaré, énonçait plus clairement le principe selon lequel la compensation devait être possible dans le cadre des lettres de garantie.

32. S'agissant des premiers mots de l'article ("Sauf convention contraire des parties"), il a été convenu qu'il fallait, à propos de la compensation, mentionner le principe de l'autonomie des parties. De l'avis général, ce principe devait s'appliquer à tout l'article, y compris à l'exception énoncée à la fin de la variante A ("à l'exception d'une créance qui lui aurait été cédée par le donneur d'ordre"), à laquelle les parties devraient aussi être autorisées à déroger. S'agissant de l'emploi des mots "des parties", on s'est demandé si la simple référence aux "parties" ne pourrait pas, lorsque le paiement était effectué par une banque qui n'était pas l'émetteur, empêcher ladite banque de se prévaloir d'un droit à compensation d'une créance qu'elle pourrait avoir envers la partie demandant le paiement. Il a été proposé de remplacer les mots "des parties" par les mots "entre la partie effectuant le paiement au titre de la lettre de garantie et le bénéficiaire". Il a été objecté à ce propos que la relation entre le bénéficiaire et les parties qui n'étaient ni émetteurs, ni donneurs d'ordre, n'était pas régie par d'autres dispositions du projet de convention, et que, pour des raisons de cohérence, il ne faudrait pas adopter de solution différente pour l'article 20. Il a été noté que, dans le reste du projet de convention, les mots "des parties" seraient remplacés par les mots "entre le garant ou l'émetteur et le bénéficiaire", conformément à une décision prise à la dix-neuvième session. Il a toutefois été noté que l'article 9-3 faisait référence à la partie effectuant le paiement.

33. S'agissant de la référence à la législation des faillites ("sous réserve des dispositions de la législation des faillites"), il a été déclaré qu'une telle référence n'était pas nécessaire. Il pourrait, en effet, être difficile de savoir quelle législation nationale s'appliquerait, à savoir, la législation du pays du garant ou celle du pays du bénéficiaire ou encore celle du pays où le paiement était effectué. En outre, cette référence pourrait entraîner des incertitudes lorsque la faillite avait été prononcée dans plusieurs juridictions. A cet égard, il a été proposé d'énoncer, à l'article 20, la règle selon laquelle seules les obligations liquides pouvaient être compensées au titre du projet de convention. Selon une autre opinion, c'était à la législation nationale de déterminer de l'interaction entre le projet de convention et la législation des faillites, compte tenu en particulier de la complexité des mécanismes juridiques concernant les priorités dans les opérations garanties dans les cas de faillite. En outre, on s'est demandé s'il était approprié de distinguer la législation des faillites de toutes les autres lois pouvant avoir une interaction avec le projet de convention. Le maintien, dans la variante A, d'une référence à la législation des faillites a reçu un certain appui, mais le Groupe de travail a décidé, après un débat, de supprimer cette référence.

34. S'agissant de la règle de fond énoncée dans la variante A ("l'émetteur peut s'acquitter de son obligation de paiement en vertu de la lettre de garantie en se prévalant d'un droit à compensation d'une créance envers la personne demandant le paiement"), il a été déclaré que la notion de compensation devrait être définie dans le projet de convention. Il a été rappelé que, dans la législation de certains pays, la compensation était limitée aux créances du garant découlant de la même opération que la créance du bénéficiaire, alors que la législation d'autres pays ne contenait pas une telle restriction. Le Groupe de travail, cependant, a réaffirmé la décision adoptée à sa dix-septième session, à savoir que la question devait être réglée dans le cadre de la réglementation générale de la compensation de chaque pays (voir A/CN.9/361, par. 98) et a noté que les mots "en se prévalant d'un droit à compensation d'une créance" visaient à refléter ce renvoi à la législation nationale. A cet égard, on s'est demandé si l'on ne risquait pas de penser que l'article 20 tentait de créer des droits de compensation lorsque de tels droits n'étaient pas prévus dans la législation nationale. Il a donc été proposé que la règle contenue dans l'article 20 soit expressément énoncée "sous réserve des dispositions de la législation générale de la compensation". On a reconnu cependant qu'une telle référence ne faisait pas clairement apparaître que toute interdiction de compensation dans les domaines liés aux lettres de garantie devrait être supplantée par le texte du projet de convention.

35. S'agissant des mots "d'une créance envers la personne demandant le paiement", on s'est inquiété de savoir si, dans le cas où le droit à paiement avait été transféré par le bénéficiaire, une compensation pourrait être obtenue pour une créance envers le bénéficiaire précédent. On a estimé cependant que la situation juridique du cessionnaire au titre du projet de convention ne devrait pas être plus favorable que celle du bénéficiaire précédent, à savoir le cédant. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de supprimer les mots "d'une créance envers la personne demandant le paiement".

Paragraphe 3 de l'article 9 bis

36. Rappelant qu'il avait décidé à sa dix-neuvième session d'examiner la question de la compensation dans le cadre de la cession du produit après un nouvel examen de l'article 20, le Groupe de travail a entamé un débat sur le paragraphe 3 de l'article 9 *bis*. Il était saisi de deux variantes du paragraphe 3 (A/CN.9/WG.II/WP.80). La variante X limitait expressément le droit de compensation aux créances à l'encontre du bénéficiaire, ce qui excluait toutes créances possibles à l'encontre du cessionnaire. La variante Y était une disposition de caractère général qui ne traitait pas cette question.

37. Le Groupe de travail a examiné le bien-fondé du paragraphe 3. Selon un avis, il était essentiel de le conserver parce qu'il précisait utilement les circonstances dans lesquelles pouvait être exercé le droit à compensation. Selon l'avis contraire, il fallait le supprimer car il concernait la législation générale de la compensation, ce qui devait relever

de la législation nationale, comme il avait été convenu lors de l'examen de l'article 20. Malgré une préférence générale pour la suppression du paragraphe 3, le Groupe de travail s'est arrêté un certain temps sur les mérites relatifs des variantes X et Y. La variante X a bénéficié d'un certain appui au motif qu'elle était compatible avec le paragraphe 1 de l'article 9 *bis* qui traitait de la cession d'un produit et non de créances. Cette même variante a aussi été critiquée au motif qu'elle compromettait les droits de compensation en vertu des législations nationales. La variante Y a bénéficié d'un appui plus large étant de caractère plus général et ne présentant donc pas les inconvénients de la variante X. Cependant, après délibération, le Groupe de travail a décidé de supprimer le paragraphe 3.

Chapitre V. Mesures judiciaires provisoires

Article 21. Mesures conservatoires [à l'encontre de l'émetteur ou du bénéficiaire]

Remarques générales

38. Comme à la dix-septième session, la question des mesures conservatoires a fait l'objet de prises de position diverses (voir le document A/CN.9/361, par. 102 et 103). Certains se sont demandés s'il convenait bien d'incorporer l'article 21 au projet de convention, d'autant que cet article portait sur des règles de procédure concernant des questions traitées différemment d'un État à l'autre et qui relèveraient plutôt des législations nationales. Il a été dit que le projet de convention serait plus difficile à faire agréer par les législateurs s'il leur imposait de modifier, pour un domaine juridique particulier, les règles existantes régissant les mesures conservatoires en général. On a également signalé que les mesures conservatoires envisagées dans le projet d'article seraient peu répandues dans certains États. Aussi a-t-on suggéré de supprimer l'article ou, du moins, de ne le rendre applicable qu'aux États où les mesures conservatoires étaient reconnues. A côté de la suppression totale de l'article 21, il a également été suggéré que le projet de convention, sans chercher à établir de règles de procédure, pourrait contenir une déclaration générale de principe, dans le sens de l'ancien article 23 supprimé par le Groupe de travail à sa dix-septième session (voir le document A/CN.9/361, par. 119 à 121).

39. A l'appui du maintien d'une disposition relative aux mesures conservatoires, on a fait valoir qu'une telle disposition faisait partie intégrante de celles visant la fraude et l'abus; il a été souligné que l'un des objectifs principaux, sinon l'objectif principal de l'élaboration du projet de convention était de fournir des solutions dans ce domaine, ce qui dépassait la portée des instruments au niveau contractuel (par exemple RUU et RUGD). On a déclaré aussi que le projet d'article n'avait pas pour but d'entraîner de modifications majeures dans les procédures nationales existantes, mais on a dit aussi, à l'opposé, que la diversité des principes en la matière était précisément une raison d'inclure la disposition en question dans le projet de convention. Dans la mesure où le droit de certains États ignorait les mesures conservatoires, le maintien des dispositions concernant ces mesures aurait l'avantage d'aider ces États à élaborer de telles dispositions. En ce qui concerne tant les États considérés que le problème de la diversité des principes appliqués sur le plan national, il serait avantageux de retenir la disposition relative aux mesures conservatoires du double point de vue de l'uniformité internationale et de l'intégrité de la lettre de garantie.

40. Après discussion, le Groupe de travail a décidé de procéder à l'examen du projet d'article 21; ses membres ont été d'accord pour débattre de la question du maintien ou de la suppression de cet article après en avoir examiné le texte. On a évoqué l'opportunité d'examiner la question une fois que le Secrétariat aurait eu la possibilité de présenter une version révisée de l'article 19 tenant compte des délibérations à la session en cours (voir ci-dessus, par. 15 à 30). Il a également été noté que, dans le contexte d'une convention internationale, la possibilité de permettre aux États de faire des réserves au moment de la ratification ou de l'adhésion en vue d'exclure l'application de l'article 21 devrait être discutée à un stade ultérieur.

Titre

41. On a émis l'avis que, au moins dans certains pays, l'expression "mesure conservatoire" risquait ne pas rendre compte de façon adéquate des techniques de procédures par lesquelles un tribunal prendrait normalement une décision temporaire visant à empêcher le bénéficiaire d'obtenir le montant stipulé dans la lettre de garantie. Les participants ont convenu en général qu'une formulation plus neutre serait préférable. Il a été proposé, par exemple, que l'article fasse mention de "mesures judiciaires contre l'acceptation ou le paiement en vertu d'une lettre de garantie". Bien que le Groupe de travail n'ait pas adopté de formulation précise, il est convenu que le titre devait non seulement être plus neutre, mais insister aussi sur le caractère "provisoire" ou "temporaire" des mesures judiciaires envisagées à l'article 21.

42. En ce qui concerne les termes entre crochets ("à l'encontre de l'émetteur ou du bénéficiaire"), le Groupe de travail a estimé que l'établissement d'une liste limitative de personnes à l'encontre desquelles des mesures provisoires pourraient être demandées dans le contexte de l'article 21 risquerait de restreindre indûment la latitude des tribunaux de prononcer des mesures provisoires qui pourraient être justifiées dans certains pays dans le cas d'une demande incorrecte en vertu d'une lettre de garantie. Le Groupe de travail a décidé de supprimer ces termes.

Paragraphe 1

"Lorsque [, comme suite à une requête du donneur d'ordre]"

43. On s'est accordé à penser que des mesures judiciaires provisoires devraient être prononcées exclusivement comme suite à une "requête", et non éventuellement, à l'initiative du tribunal. On s'est inquiété de ce que le paragraphe 1 se limitait aux cas où une telle requête émanait du donneur d'ordre. Ainsi, le texte existant risquait de ne pas donner au garant ou à l'émetteur la possibilité de recourir à des mesures judiciaires provisoires. On a répondu que, si l'article 17 faisait obligation au garant ou à l'émetteur de ne pas effectuer le paiement lorsqu'une demande était manifestement et clairement incorrecte, il était concevable que ledit

garant ou émetteur puisse lui-même demander une décision de justice lui interdisant de payer en vertu d'une lettre de garantie, en particulier dans les cas où il s'attendait à ce qu'une demande incorrecte soit faite. Une autre crainte tenait au fait que la référence à une requête du donneur d'ordre empêche d'autres personnes, par exemple un liquidateur, de substituer leur requête à celle du donneur d'ordre. On a généralement estimé que, pour ce qui est des mesures provisoires, il fallait donner la possibilité à toutes les personnes ayant intérêt à empêcher le paiement en cas de demande incorrecte d'avoir accès à un tribunal. On a toutefois reconnu qu'il serait difficile d'établir une liste exhaustive de ces personnes et qu'une règle générale sur l'accès aux tribunaux de toutes les personnes ayant un intérêt légitime à arrêter le paiement pourrait être en contradiction avec les droits nationaux concernant des questions telles que la capacité d'ester en justice. Après discussion, le Groupe de travail a décidé de supprimer les mots "du donneur d'ordre". (La discussion sur ce point a été rouverte dans le cadre du paragraphe 5 et la décision ci-dessus a été modifiée; voir plus loin par. 72.)

"il apparaît manifestement et clairement"

44. On a débattu de la question de savoir si l'article 21 devrait établir un niveau de preuve qu'appliquerait un tribunal pour se prononcer sur une demande de mesures provisoires visant à arrêter un paiement. A l'appui de la suppression de toute référence à un niveau de preuve, on a fait valoir que les questions concernant le niveau de preuve relèveraient plutôt du droit procédural applicable et que le texte ne devrait pas limiter la liberté d'appréciation des tribunaux. Il a été proposé en conséquence que l'article 21, au lieu d'établir un niveau de preuve, fasse simplement référence aux cas où "le tribunal est convaincu qu'une demande est incorrecte". Dans le même ordre d'idée, il a été proposé de remplacer le texte actuel du paragraphe 1 par le texte suivant : "Une instance compétente peut, conformément aux dispositions de son droit procédural, prononcer une mesure conservatoire au cas où la demande faite par le bénéficiaire est incorrecte au sens mentionné ou prescrit par l'article 19, interdisant à l'émetteur de donner suite à la demande". De l'avis général, un tel texte ne contribuerait pas à l'harmonisation du droit dans ce domaine. A l'appui de l'établissement d'un niveau de preuve, on a fait valoir que l'une des caractéristiques importantes du projet de convention serait d'instaurer une égalité de traitement entre des utilisateurs de lettres de garantie dans les pays où la possibilité de remettre en question l'obligation de payer en vertu d'une lettre de garantie était actuellement interprétée de façon restrictive par les tribunaux et dans les pays où les tribunaux, notamment dans le contexte des mesures provisoires, se montraient plus disposés à accepter des exceptions à l'obligation de paiement.

45. Pour ce qui est de la teneur des critères en matière de preuve, il a été demandé s'il devrait y avoir un parallélisme entre les critères énoncés, respectivement, pour les mesures judiciaires provisoires dans le contexte de l'article 21 et pour le refus de payer de la part du garant ou de l'émetteur au titre de l'article 17. Selon une opinion, il fallait appliquer le niveau le plus élevé possible de preuve aux deux situations, afin de ne pas compromettre la fiabilité de la lettre de garantie. Le texte suivant a été proposé : "Un tribunal ne remet pas en question l'obligation d'honorer une lettre de garantie ou la présentation de documents pour obtenir le paiement en vertu d'une telle lettre de garantie sauf si, après s'être conformé à ses procédures habituelles, il considère que la demande est manifestement et clairement incorrecte et entraînera un préjudice grave pour le demandeur". Parmi les raisons invoquées pour appliquer le même niveau de preuve à l'article 17 et à l'article 21, il a été avancé que ces deux articles visaient à protéger le donneur d'ordre. Au titre de l'article 17, ce dernier pouvait obliger le garant à refuser le paiement en cas de demande incorrecte. De même, dans le contexte des mesures judiciaires, il était habilité à rechercher la protection des tribunaux si le paiement entraînait un préjudice irréparable. Il a été déclaré que le juge, en prenant une décision en application de l'article 21, se substituerait au garant pour déterminer si la demande était manifestement et clairement incorrecte.

46. De l'avis général, toutefois, les contextes dans lesquels s'appliquaient les articles 17 et 21 étaient de nature différente et les niveaux de preuve à appliquer pouvaient différer. Dans l'article 17, l'application d'un niveau de preuve incombait au garant ou à l'émetteur qui cherchait à déterminer s'il était suffisamment clair qu'une demande présentée était incorrecte pour justifier que l'émetteur soit obligé de ne pas payer. A l'appui d'un niveau de preuve aussi élevé que possible dans le cadre de l'article 17, les arguments suivants ont été invoqués : il ne faudrait pas que le garant ou l'émetteur ayant à se prononcer sur le caractère incorrect d'une demande puisse se soustraire facilement, par cette décision, à son obligation initiale d'effectuer le paiement sur demande; un niveau de preuve élevé était également nécessaire pour fournir une excuse valable à la banque qui n'avait pas refusé le paiement sur la base de la simple allégation par le donneur d'ordre que la demande était incorrecte. Quant au niveau de preuve à appliquer par un juge en vertu de l'article 21, il a été déclaré que les considérations ci-dessus ne devraient pas s'appliquer, compte tenu notamment du caractère provisoire des mesures considérées.

47. En ce qui concerne le niveau de preuve à appliquer par le tribunal, divers avis ont été exprimés. Selon l'un d'eux, ce niveau devait être le plus élevé possible afin de ne pas compromettre la fiabilité de l'instrument en permettant aux tribunaux d'imposer plusieurs niveaux. Il a aussi été déclaré à cet égard que le niveau de la preuve devait être élevé du fait que dans de nombreux systèmes juridiques le tribunal prononcerait une mesure conservatoire ou une autre mesure provisoire dans le cadre d'une procédure sur requête, c'est-à-dire sans donner au défendeur la possibilité d'être entendu. Selon une autre opinion cependant, le fait de prévoir dans le projet de convention qu'un juge devait déterminer si une demande était "manifestement et clairement" incorrecte n'aboutirait pas, dans de nombreux systèmes juridiques, à l'octroi de mesures conservatoires, car seul un tribunal statuant définitivement sur le fond d'une demande pourrait déterminer le caractère "manifestement et clairement" incorrect de cette demande. A l'appui d'une norme légèrement inférieure, on a fait valoir que, dans la plupart des systèmes juridiques prévoyant des mesures provisoires, on faisait appel à la notion de probabilité ou de vraisemblance, en disant par exemple qu'une demande était "selon toute probabilité" ou "selon toute vraisemblance" incorrecte ou qu'il y avait "une forte probabilité d'obtenir gain de cause". Selon un avis, il demeurait difficile d'appliquer des niveaux de preuve légèrement inférieurs et, dans de nombreux pays, une mesure

conservatoire interdisant le paiement sur cette base ne serait valable que quelques jours. On a fait valoir qu'une référence, dans le projet de convention, à la notion de "preuve concrète" serait peut-être plus appropriée. Selon une autre opinion, il fallait adopter un niveau de preuve inférieur tel que "le tribunal est convaincu à premier examen", "on peut plausiblement soutenir" ou "le tribunal a des raisons légitimes de croire" que la demande est incorrecte. Selon de nombreux avis cependant, un niveau correspondant aux expressions susmentionnées pourrait, sans limiter la liberté d'appréciation des tribunaux, compromettre la fiabilité de la lettre de garantie.

48. Après un débat, le Groupe de travail a décidé qu'un niveau de preuve basé sur le caractère clairement et manifestement incorrect de la demande était trop élevé dans le cadre des mesures conservatoires et qu'il faudrait, dans un prochain projet, retenir un critère tel que la "forte probabilité" (que la demande soit incorrecte).

"[sur la base d'éléments de preuve documentaires et d'autres éléments de preuve aisément présentables]"

49. Selon un avis, les mots entre crochets devaient être supprimés afin de ne pas porter atteinte à la liberté d'appréciation des tribunaux. Selon une autre opinion, la nécessité pour les tribunaux de fonder leur décision sur des documents et autres éléments de preuve aisément présentables était liée à la définition d'une demande incorrecte à l'article 19. On a toutefois aussi argué qu'il demeurait peut-être nécessaire d'ajouter une référence au caractère "concret" (c'est-à-dire à la disponibilité) de la preuve que le tribunal devait prendre en considération, car le texte actuel pourrait sinon être jugé trop vague. Après discussion, le Groupe de travail a décidé de supprimer les mots entre crochets.

"qu'une demande présentée [ou devant être présentée] par le bénéficiaire est incorrecte en application de l'article 19,"

50. De l'avis général, il était nécessaire de permettre des mesures conservatoires par anticipation, qui pourraient être particulièrement utiles dans le cadre d'une lettre de garantie avec paiements successifs. Le Groupe de travail a décidé de garder les mots "ou devant être présentée".

"[le tribunal] [un tribunal compétent] peut prononcer une mesure conservatoire :"

51. De l'avis général, l'emploi du terme "compétent" pouvait être interprété à tort comme une tentative de créer des motifs particuliers pour établir la compétence judiciaire. Le Groupe de travail a décidé de supprimer les mots "un tribunal compétent".

Alinéas a *et* b

52. Le Groupe de travail a examiné les alinéas *a* et *b* quant au fond. L'alinéa *a* prévoyait deux types de mesures provisoires contre l'émetteur, l'une lui interdisant d'effectuer un paiement sur demande et l'autre, entre crochets, lui interdisant de débiter le compte du donneur d'ordre. L'alinéa *b* prévoyait trois types de mesures provisoires contre le bénéficiaire, une lui interdisant d'accepter le paiement, une deuxième lui ordonnant de retirer la demande, si une demande avait été faite, et une troisième lui ordonnant de ne pas présenter une demande, si une telle demande était imminente.

53. Le Groupe de travail a examiné la teneur de ces alinéas afin de voir s'il y avait lieu d'inclure l'énumération des mesures possibles envisagées dans le présent projet. Aucune objection n'a été soulevée contre la mention, à l'alinéa *a*, de l'interdiction faite à l'émetteur de donner suite à la demande. Les avis ont divergé cependant quant au bien-fondé de la mention de l'interdiction faite à l'émetteur de débiter le compte du donneur d'ordre. Selon une opinion, le fait de prévoir expressément ce type de mesure conservatoire pour le donneur d'ordre était conforme à l'objectif général de l'article 21, qui était censé être de protéger les intérêts dudit donneur d'ordre. On a fait observer que, dans la pratique, une interdiction faite à l'émetteur de débiter le compte du donneur d'ordre serait, dans de nombreux cas, plus importante pour le donneur d'ordre que l'obtention d'une mesure conservatoire interdisant le paiement au bénéficiaire, dans la mesure où ce serait l'émetteur qui supporterait le risque d'un paiement en contravention de l'article 17.

54. Selon l'avis qui a prévalu, cependant, le fait de prévoir une telle mesure conservatoire posait des problèmes. Plusieurs arguments se sont conjugués pour faire pencher le Groupe de travail en faveur de la suppression de l'alinéa : l'émetteur, à qui il était fait interdiction de débiter le compte du donneur d'ordre, pouvait néanmoins demeurer contraint de payer le bénéficiaire; l'alinéa portait sur un aspect de la relation entre le donneur d'ordre et l'émetteur et n'avait donc pas trait à l'aspect principal du projet de convention; puisque ce dernier, en spécifiant les droits et obligations des parties, ne mentionnait pas le débit de comptes, une telle mention devait être évitée à l'article 21. Il a été proposé qu'au lieu de supprimer l'alinéa, on regroupe les deux interdictions en remplaçant le mot "ou" par le mot "et", ce qui aurait pour effet de traiter ensemble les deux mesures en éliminant ainsi la possibilité de voir l'émetteur confronté à des obligations conflictuelles. Cette suggestion n'a cependant pas bénéficié d'un appui suffisant.

55. Des vues divergentes ont été exprimées sur l'opportunité de maintenir ou de supprimer l'alinéa *b* qui prévoyait des mesures conservatoires pour empêcher le bénéficiaire de prendre des dispositions afin d'obtenir paiement. Selon une opinion, l'alinéa *b* serait en principe acceptable à condition d'y apporter un certain nombre de modifications pour le rendre plus clair. On a fait observer que la notion d'acceptation du paiement était floue, qu'elle ne serait pas comprise par tous de la même façon et qu'elle pourrait être remplacée par celle d'encaissement du produit. Il a aussi été proposé de supprimer la mesure ordonnant au bénéficiaire de retirer la demande. Selon un autre avis encore, les mots "interdisant au bénéficiaire ..." n'étaient pas appropriés et devraient être remplacés par des termes tels que "énonçant que le bénéficiaire ne peut accepter le paiement". Selon l'avis qui a prévalu, cependant, de telles modifications ne permettraient pas de surmonter les problèmes qu'elles étaient censées résoudre et l'alinéa *b* devrait donc être supprimé. A l'appui de la suppression, il a été déclaré que la nature de l'interdiction prévue à l'alinéa *b* n'était pas claire, que dans de nombreux systèmes juridiques elle n'existait pas et que l'alinéa *a* était suffisant. On a aussi fait

valoir qu'une mesure ordonnant au bénéficiaire de ne pas faire ou de retirer une demande risquait de l'empêcher de la présenter en temps voulu si le délai prévu venait à expiration dans l'intervalle.

56. Après examen des recours mentionnés aux alinéas *a* et *b* et compte tenu de la tendance à supprimer la mention de certains d'entre eux, le Groupe de travail s'est interrogé sur l'opportunité d'adopter une approche autre que celle qui consistait à tenter d'énumérer de façon exhaustive ou à titre indicatif les types de mesures auxquelles pouvaient recourir les parties. Il a été proposé, dans cet ordre d'idées, de remplacer les alinéas *a* et *b* par une règle générale énonçant par exemple que : "le tribunal peut prendre toute mesure qui protège les intérêts du donneur d'ordre et de l'émetteur", en mettant clairement l'accent sur le caractère provisoire de ces mesures. Après un débat, il a été décidé, pour remplacer les alinéas *a* et *b*, d'ajouter à la fin du chapeau du paragraphe 1 un membre de phrase tel que : "une mesure conservatoire visant à ce que le bénéficiaire ne reçoive pas le paiement".

Clause restrictive terminant le paragraphe 1

57. Le libellé de la clause restrictive à la fin du paragraphe 1 a suscité un certain nombre de préoccupations. Selon cette clause, pour que les mesures conservatoires envisagées au paragraphe 1 soient applicables il fallait que le donneur d'ordre encoure "un préjudice grave" ou "un dommage irréparable" si le tribunal refusait d'émettre de telles mesures.

58. On a craint que les mots "à condition que" ne limitent trop la liberté donnée au tribunal d'apprécier le risque de dommage encouru par le donneur d'ordre et aillent à l'encontre des règles de procédure nationales prévoyant une telle liberté d'appréciation. Des termes tels que "en tenant compte du fait que" ont été jugés plus appropriés. Bien que l'on se soit demandé s'ils fourniraient des indications suffisamment claires aux tribunaux, le Secrétariat a été prié de tenter d'incorporer un libellé de ce type dans le texte.

59. On s'est également demandé si les mots "le refus" ne risquaient pas de laisser entendre que le tribunal pourrait être tenu responsable des dommages que pourrait encourir le donneur d'ordre si la mesure conservatoire n'était pas prononcée, alors qu'en fait la responsabilité incombait au bénéficiaire qui soumettait une demande incorrecte. En outre, les mots "faire encourir" risquaient de réduire la possibilité d'octroi d'une mesure conservatoire, car il serait très difficile de prouver avec certitude qu'un préjudice grave serait causé. Il a donc été proposé d'employer des termes du type "soit susceptible de faire encourir".

60. Diverses vues ont été exposées concernant le libellé présenté entre crochets dans la clause restrictive pour exprimer le degré du préjudice qui serait susceptible de résulter d'un refus de prononcer la mesure conservatoire demandée. Selon une opinion, les mots "un dommage irréparable" étaient préférables car plus clairs et, du fait de l'utilisation du mot "dommage", traduisaient mieux le caractère financier de la perte que subirait le donneur d'ordre. Toutefois, le mot "irréparable" a été critiqué comme étant vague et constituant un critère général trop élevé dans la mesure où le donneur d'ordre, s'il parvenait ultérieurement à avoir gain de cause, pourrait en fin de compte récupérer les fonds qu'il avait versés pour couvrir le paiement d'une demande incorrecte. Il a été déclaré que le mot "grave" associé soit au mot "dommage", soit au mot "préjudice" serait suffisant. Selon une autre opinion, les mots "un dommage irréparable" étaient trop forts et les mots "un préjudice grave" trop faibles, et il faudrait utiliser les mots "difficilement réparable". Selon une autre vue encore, les deux critères étaient acceptables. Il a en outre été noté que le garant ou l'émetteur n'auraient pas droit à remboursement du donneur d'ordre ou du client s'ils payaient alors qu'ils étaient tenus de refuser le paiement en vertu de l'article 17-2 et que donc, si l'on imposait une condition selon laquelle le donneur d'ordre ou le client devaient prouver qu'ils subiraient un préjudice, un tribunal serait tenu de refuser de prononcer une mesure conservatoire dans les cas où il apparaissait que la demande était manifestement et clairement incorrecte en vertu de l'article 19. D'après l'opinion qui a prévalu cependant, les mots "un préjudice grave" devraient être retenus.

Paragraphe 2

61. Le Groupe de travail a examiné une proposition tendant à supprimer le paragraphe 2, qui autorise le tribunal à entendre le défendeur avant de prononcer une mesure conservatoire. Il a été déclaré que les incidences d'une disposition faisant référence à un pouvoir discrétionnaire ne seraient pas claires et qu'une telle disposition traitait d'un aspect élémentaire des droits de la défense, qui devrait être régi par les règles de procédure nationales. De plus, il a été déclaré que cette suppression n'empêcherait pas les tribunaux d'autoriser le bénéficiaire à être entendu dans les circonstances appropriées, circonstances qui ne seraient peut-être pas toujours réunies, notamment dans le cas des procédures sur requête visées à l'article 21. En outre, il a été noté que le paragraphe 2 pourrait créer un problème pour ce qui est de la distinction entre les mesures provisoires, visées par l'article 21 et les procédures finales, qui n'étaient pas traitées. Vu ces considérations, le Groupe de travail n'a pas accepté une proposition selon laquelle il devrait être impératif de donner au défendeur la possibilité d'être entendu, afin de protéger les droits du bénéficiaire et de permettre au tribunal d'entendre dès que possible les arguments du défendeur. Au contraire, selon l'avis qui a prévalu, il fallait supprimer le paragraphe 2.

Paragraphe 3

62. Il a été convenu que le paragraphe 3, selon lequel le tribunal pouvait exiger du demandeur qu'il fournisse une sûreté appropriée avant que ne soit prononcée une mesure provisoire, était utile et devait être conservé. Il a été noté qu'une telle disposition était équitable et tenait compte d'une manière équilibrée des intérêts du donneur d'ordre et du défendeur. Il a également été déclaré que le paragraphe 3 pourrait avoir un effet "disciplinaire" en dissuadant les demandeurs de présenter des demandes futiles et aurait donc une valeur éducative. Afin de préciser ce paragraphe, il a été convenu de remplacer le mot "sûreté" par un terme plus général, afin de ne pas donner l'impression qu'une forme particulière de sûreté était visée. Il a, par exemple, été proposé d'utiliser le libellé suivant : "engagement, sûreté ou autre document".

Paragraphe 4

63. Le Groupe de travail a examiné les trois variantes du paragraphe 4. Il a été noté que la variante A indiquait à titre général qu'il n'était pas interdit au tribunal de prononcer une mesure conservatoire si ses règles de procédure le lui permettaient. La seule limitation des pouvoirs du tribunal en la matière qui était énoncée dans cette variante était placée entre crochets et avait été incluse en raison des préoccupations exprimées lors de la dixième session; on craignait, en effet, les effets particulièrement perturbateurs d'une mesure conservatoire fondée sur la non-conformité des documents (A/CN.9/361, par. 109). La variante B énonçait que le seul motif autre que le caractère incorrect de la demande pouvant justifier l'octroi d'une mesure conservatoire était l'invalidité de la lettre de garantie. La variante C était la plus restrictive des trois, car elle n'autorisait pas les tribunaux à prononcer une mesure conservatoire pour des motifs autres que le caractère incorrect de la demande.

64. A l'appui de la variante A, on a déclaré qu'aucune limitation ne devrait être imposée aux pouvoirs des tribunaux. Pour la même raison, il a été avancé que la restriction figurant entre crochets devrait être supprimée. On a également déclaré que, au cas où le projet de convention limiterait par trop les possibilités d'intervention judiciaire dans le contexte des lettres de garantie par le biais de mesures conservatoires, le risque serait plus grand de voir les lettres de garantie utilisées à des fins illicites, telles que le blanchiment de l'argent ou l'évasion fiscale. Il a été noté qu'un tel abus ne serait pas empêché par le libellé actuel de l'article 19, car, dans de tels cas, la demande de paiement ne serait pas faite sans "justification concevable", mais aurait plutôt un fondement illégal. En réponse à cette préoccupation, le Groupe de travail a convenu que, quelle que soit la variante qui serait retenue, il faudrait inclure, soit à l'article 19, soit à l'article 21, une disposition visant à prévenir l'utilisation des lettres de garantie à des fins illégales.

65. A l'appui de la variante C, il a été déclaré que les possibilités d'intervention judiciaire dans le contexte des lettres de garantie devraient être limitées au maximum, afin de ne pas porter atteinte à la fiabilité de l'effet, dont la principale fonction était de garantir le paiement en attendant le règlement de tout litige. Il a été déclaré que, au cas où les tribunaux auraient de larges pouvoirs d'intervention en ce qui concerne l'obligation de paiement de l'émetteur dans les cas autres que la présentation d'une demande incorrecte définie à l'article 19, on courrait le risque de voir les tribunaux, sur la demande du donneur d'ordre, intervenir dans le contexte de l'opération sous-jacente entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire. Afin de renforcer encore la variante C, il a été proposé que les mesures conservatoires qui pourraient être autorisées au motif de la non-conformité des documents soient expressément interdites dans le texte de la variante C.

66. Un large appui s'est manifesté pour l'avis selon lequel la règle de procédure énoncée au paragraphe 4 relative au droit du donneur d'ordre de demander des mesures conservatoires devrait être rédigée, pour ce qui est de son champ d'application, de manière à faire pendant à la règle de fond énoncée à l'article 19 quant aux conditions dans lesquelles le paiement pouvait être empêché. Il a toutefois été demandé par les tenants de la variante A pour quelles raisons l'invalidité de la lettre de garantie ne pourrait être retenue en tant que moyen de prévenir le paiement en vertu du projet de convention, alors que le caractère incorrect de la demande serait considéré comme un motif acceptable de demande de mesures conservatoires. En effet, le paiement effectué après réception d'une demande incorrecte et le paiement effectué lorsque la lettre de garantie était manifestement invalide pourraient tous deux causer un préjudice irréparable au donneur d'ordre. On s'est également demandé si le donneur d'ordre pourrait bénéficier d'une procédure de recours au cas où une demande de paiement serait présentée alors que la lettre de garantie était invalide.

67. Il a été répondu que l'instrument avait pour objet de garantir un paiement rapide (caractéristique appelée "liquidité") et, normalement, un tribunal se prononçant sur une demande de mesures conservatoires n'aurait pas compétence pour évaluer la validité de la lettre de garantie. Il a en outre été déclaré que le garant ou l'émetteur était tenu de vérifier la validité de la lettre de garantie et que, au cas où il paierait une lettre de garantie invalide, il n'aurait pas droit à remboursement de la part du donneurd'ordre. Il a été avancé qu'il faudrait inclure à l'article 21 une disposition précisant que l'article ne traitait pas de la relation entre le donneur d'ordre et l'émetteur ou le garant (relation parfois désignée sous le nom de "relation de compte"). Cette précision proposée aurait pour effet de souligner que le projet de convention n'empêcherait pas le donneur d'ordre de s'adresser à un tribunal, par exemple pour demander que soit prononcée une mesure provisoire interdisant au garant ou à l'émetteur de débiter son compte si le garant ou l'émetteur avait payé après avoir reçu une demande non conforme.

68. Après un débat, le Groupe de travail a décidé que, sous réserve de sa décision ci-dessus relative à l'illégalité (par. 64), les questions liées à la non-conformité ou à l'invalidité de la lettre de garantie ne devraient pas être considérées comme pouvant justifier des mesures provisoires en vertu de l'article 21. La variante C a été adoptée. En outre, il a été convenu que le projet de convention traitait de la relation entre le garant ou l'émetteur et le bénéficiaire. Le Secrétariat a été prié de préciser dans le prochain projet que l'article 21-4 n'empêchait pas le donneur d'ordre de demander des mesures conservatoires concernant son contrat avec le garant ou l'émetteur. Il a été décidé que le libellé figurant entre crochets dans la variante C serait conservé, afin de limiter l'interdiction énoncée dans cette variante aux demandes fondées sur des objections au paiement demandé par le bénéficiaire. Dans le même ordre d'idée, il a été décidé de remplacer les mots "pour des motifs autres" par les mots "pour toute objection au paiement autre".

Paragraphe 5

69. Il a été noté que le paragraphe 5 soumettait le séquestre ou la saisie des avoirs du bénéficiaire ou de l'émetteur non seulement aux conditions imposées par les règles nationales de procédure, mais aussi aux conditions visées au paragraphe 1, afin de limiter l'intervention judiciaire dans le contexte du paiement des lettres de garantie. Il a également été noté que, dans certaines juridictions, le séquestre ou la saisie des avoirs pouvait prendre la forme d'une procédure administrative plutôt que judiciaire.

70. On s'est demandé s'il était vraiment nécessaire et approprié de conserver le paragraphe 5. Ces doutes étaient

justifiés par les points suivants : cette disposition traitait de questions de procédure et il serait trop difficile d'unifier les conditions dans lesquelles les tribunaux pourraient ordonner de telles mesures extraordinaires; le champ de cette disposition était incertain, notamment puisque le Groupe de travail avait décidé, à propos du paragraphe 1, de ne pas limiter le champ d'application de l'article 21 aux requêtes présentées par le donneur d'ordre; le paragraphe 1 suffisait à limiter raisonnablement les interventions judiciaires visant l'objet commercial des lettres de garantie, à savoir la certitude du paiement; dans certaines juridictions, les mesures visées au paragraphe 5 n'étaient pas considérées comme des mesures provisoires de caractère judiciaire, mais pouvaient être demandées de manière assez simple et uniquement pour une brève période, sans qu'il y ait intervention judiciaire; la disposition ne devrait pas laisser entendre que tous les avoirs du demandeur pourront faire l'objet d'un séquestre ou d'une saisie, mais préciser qu'il s'agit uniquement du produit de la lettre de garantie.

71. Selon l'avis qui a prévalu, il faudrait inclure à l'article 21 une règle du type de celle énoncée au paragraphe 5, car de telles mesures, quelle que soit leur dénomination et quelle que soit la manière de les obtenir dans les différents systèmes juridiques, étaient un élément essentiel permettant de donner effet aux mesures prévues au paragraphe 1; et il était dans le même temps important, afin de préserver la viabilité commerciale des lettres de garantie, de permettre, en cas de demande abusive, l'application des mesures de protection prévues en général à l'article 21 pour les mesures provisoires. Toutefois, il a été décidé de ne pas inclure le paragraphe 5 et de donner effet à la décision du Groupe de travail en élargissant encore le libellé du paragraphe 1 en y insérant, après le mot "peut", des mots tels que : "bloquer le paiement des fonds ou prononcer une mesure conservatoire".

72. Les débats relatifs au paragraphe 5 ont conduit le Groupe de travail à réexaminer sa décision suivant laquelle il ne faudrait pas préciser au paragraphe 1 quelles parties pourraient demander les mesures conservatoires prévues à l'article 21. Il a été dans l'ensemble convenu qu'afin d'éviter certaines des difficultés mentionnées lors de l'examen du paragraphe 5, le paragraphe 1 devrait limiter le champ d'application de l'article 21 aux actions intentées par le donneur d'ordre et il faudrait également faire référence à la partie ordonnatrice ou à la partie à la relation de compte, afin de couvrir notamment les lettres de contre-garantie.

73. Après avoir achevé son examen de l'article 21, le Groupe de travail est revenu, comme il avait été convenu, sur la question générale du maintien ou de la suppression de cet article. Les arguments pour et contre le maintien de l'article 21 mentionnés ci-dessus aux paragraphes 38 et 39 ont été présentés une nouvelle fois. Un accent particulier a été mis d'une part sur les problèmes qui se poseraient si l'on s'efforçait d'élaborer une règle uniforme dans ce domaine et, d'autre part, sur le fait qu'une des grandes fonctions, sinon la principale fonction du projet de convention, était de traiter les questions visées à l'article 21. Selon l'avis qui a prévalu, il serait prématuré de prendre une décision définitive à ce stade et le Groupe de travail devrait attendre le prochain projet du Secrétariat, sur la base duquel il reprendrait son examen de l'article 21.

Chapitre VI. Compétence

Article 24. Choix du tribunal ou de l'arbitrage

et

Article 25. Détermination de la juridiction compétente

74. Étant donné les liens entre les dispositions des articles 24 et 25, le Groupe de travail a examiné ces deux articles conjointement.

75. L'approche retenue dans la version actuelle des deux articles a suscité divers avis et questions. Il a notamment été demandé si des dispositions du type proposé au chapitre VI se rencontraient dans d'autres instruments multilatéraux. Il a été répondu qu'à ce stade les débats devraient être axés sur l'utilité qu'il y aurait à traiter des questions visées au chapitre VI dans le contexte des lettres de garantie et qu'il ne faudrait pas donner trop d'importance à la question de savoir s'il existait ou non de telles dispositions dans d'autres conventions.

76. Selon un avis, l'article 24, qui reconnaissait aux parties la liberté de désigner un tribunal ou de disposer que les litiges découlant de la lettre de garantie seraient réglés par voie d'arbitrage, était sans utilité, car il ne prévoyait pas de sanctions, en particulier la compétence exclusive du for désigné. Il a été jugé que cette incertitude était encore aggravée, au cas où un tribunal ne pourrait être désigné conformément à l'article 24, par l'absence d'une règle d'exclusivité en ce qui concerne la détermination de la juridiction compétente en vertu de l'article 25. Il a en outre été noté que la simple affirmation du principe de l'autonomie des parties, sans que soient mentionnés les facteurs de l'attachement à la juridiction désignée, pourrait se heurter à des considérations de politique générale dans les États craignant de devoir supporter la charge de litiges ayant des rapports lointains ou n'ayant pas de rapport du tout avec leur juridiction.

77. Ces préoccupations ont toutefois pesé moins lourd que l'avis selon lequel l'article 24 constituait un cadre utile pour le principe de l'autonomie des parties en ce qui concerne la juridiction compétente et pourrait encourager le recours à l'arbitrage. Il a également été noté que l'article 24, s'il permettait au tribunal désigné de décliner sa compétence (par exemple au motif du *forum non conveniens*) et s'il ne prévoyait pas une compétence exclusive, devait toutefois être lu conjointement avec l'article 25 qui énonçait une règle directe sur la compétence, au cas où la compétence ne serait pas établie en vertu de l'article 24. Le Groupe de travail a estimé que certaines des questions soulevées par l'article 24 ne pourraient être résolues tant que les dispositions de l'article 25 relatives à la compétence résiduelle n'auraient pas été mises au point et précisées, notamment pour ce qui est de savoir si elles étaient ou non impératives. Il a été noté que les articles 24 et 25, puisqu'ils seraient incorporés à un instrument de caractère législatif, favoriseraient une approche similaire à celle énoncée, dans un cadre contractuel, à l'article 28 des RUGD.

78. On s'est demandé si la viabilité de l'article 24 ne serait pas mise en cause au cas où les parties désigneraient un tribunal qui ne serait pas compétent pour résoudre le litige en question. Il a été proposé de ce fait d'ajouter le mot

"compétent" après le mot "tribunal" au paragraphe 1, bien qu'il ait été noté que l'article 25 offrait une solution de repli dans les cas de ce type.

79. Il a été demandé si les différences de formulation entre le paragraphe 1 de l'article 24 et le paragraphe 1 de l'article 25 pourraient laisser entendre que la première de ces dispositions avait un champ d'application plus large, notamment pour ce qui est des parties auxquelles référence était faite. De même, on s'est demandé si les différences, quant à leur formulation et à leur teneur, entre le paragraphe 2 de l'article 24 et le paragraphe 2 de l'article 25, ne risquaient pas d'être interprétées comme signifiant que cette dernière disposition visait en quelque sorte à limiter la compétence d'autres tribunaux, ce qui pourrait poser des problèmes si elles étaient comprises comme excluant la compétence de tribunaux dans la juridiction desquels les avoirs étaient situés. Il a été proposé d'ajouter au paragraphe 2 de l'article 25 une référence expresse à l'article 21, afin d'en améliorer la clarté. On s'est également demandé si le libellé actuel visait à exclure, dans le contexte d'une lettre de contre-garantie, la possibilité de voir le donneur d'ordre intenter directement une action dans la juridiction où la lettre de garantie appuyée par la lettre de contre-garantie était payable. Il a été avancé que, si l'on souhaitait autoriser une telle action, on pourrait faire référence dans la disposition à la partie ordonnatrice. Dans le même temps, il a été rappelé que le fait d'autoriser une telle action directe de la part de la partie ordonnatrice pourrait être contraire au principe de la relativité (*privity*) des contrats imposé dans certaines juridictions.

80. On s'est également déclaré préoccupé par la relation, compte tenu du risque d'incompatibilité comme des possibilités d'interactions bénéfiques, entre les règles énoncées au chapitre VI et celles d'autres instruments multilatéraux énonçant des règles générales sur des questions similaires, notamment la Convention de Bruxelles de 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale et la Convention de Lugano de 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. Il a été noté à ce propos que, si ces Conventions étaient ouvertes à l'adhésion de tous les États, elles avaient été élaborées à l'échelon régional et que la mesure dans laquelle elles pourraient étayer les dispositions du chapitre VI était donc limitée. Afin de faire face à ce risque d'incompatibilité, on a fait état de la possibilité de prévoir des réserves. On s'est également demandé à ce propos si, pour les États qui n'étaient pas parties à un tel mécanisme multilatéral de reconnaissance et d'exécution, l'application du chapitre VI serait possible. Il a été répondu que la reconnaissance et l'exécution ne se fondaient pas seulement sur la participation à de tels arrangements multilatéraux. En premier lieu, les sentences arbitrales étaient soumises à la Convention de New York de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères; en outre, des arrangements bilatéraux pouvaient prévoir l'exécution des décisions judiciaires. Il a également été noté que même les États qui étaient parties aux Conventions de Bruxelles et de Lugano se heurtaient à des problèmes d'exécution, notamment lorsque l'exécution d'un jugement faisait intervenir d'autres États qui n'étaient pas parties aux Conventions.

81. Le Groupe de travail a ensuite examiné un certain nombre de propositions de caractère général fondées sur les divers avis et questions exprimés. Selon une proposition, il fallait tout simplement supprimer le chapitre VI. A l'appui de cette proposition, il a été avancé que, sous leur forme actuelle ne prévoyant pas une compétence exclusive, les dispositions étaient superflues et, si elles étaient modifiées de manière à prévoir une compétence exclusive, des problèmes importants surgiraient, faute notamment d'un mécanisme de reconnaissance et d'exécution. A l'appui de cette proposition, il a également été noté que, du moins pour ce qui est de l'article 24, cette suppression aurait peu de conséquences pratiques car, en fait, la question de la compétence était rarement traitée dans les lettres de garantie, notamment parce qu'en soulevant une telle question on risquait de porter atteinte à l'engagement. Toutefois, comme il a été noté ci-dessus, on a jugé dans l'ensemble qu'il faudrait s'efforcer de traiter de la question de la compétence dans le projet de convention, car il s'agissait là d'un domaine d'une importance considérable.

82. Selon une autre approche, il fallait réviser le chapitre VI afin de rendre exclusif le choix de la compétence. Selon une variante de cette approche, il fallait supprimer l'article 24 et simplement conserver une règle objective de compétence à l'article 25. Certains ont fait part de leur opposition à toute approche prévoyant une compétence exclusive. On a notamment jugé que l'exclusivité était incompatible avec une approche ne prévoyant pas la reconnaissance et l'exécution des décisions, car on aboutirait sans doute, dans la pratique, à des décisions ne pouvant être exécutées. On a également craint qu'une telle approche ne suscite des problèmes si une compétence exclusive était conférée aux tribunaux d'une juridiction, alors que les avoirs devant faire l'objet de l'exécution étaient situés dans une autre juridiction.

83. Selon une autre approche encore, il fallait combiner l'exclusivité, la non-exclusivité et l'autonomie des parties. Dans cet ordre d'idée, il a été proposé d'autoriser le demandeur, sauf convention contraire, à intenter une action dans l'une des juridictions suivantes : lieu où la lettre de garantie avait été émise; établissement ou lieu de résidence du bénéficiaire; ou établissement ou lieu de résidence du donneur d'ordre. Selon une autre suggestion, qui a été accueillie avec plus d'intérêt, il fallait disposer que le tribunal désigné aurait compétence exclusive, à moins qu'il ne soit démontré que sa décision ne serait pas reconnue ou ne pourrait être exécutée, auquel cas un autre tribunal pourrait exercer sa compétence.

84. Bien que l'on se soit demandé si cette dernière proposition fonctionnerait en l'absence d'un mécanisme de reconnaissance et d'exécution, le Groupe de travail a décidé de prier le Secrétariat d'élaborer, à son intention, deux variantes du chapitre VI. L'une d'entre elles conserverait pour l'essentiel les articles 24 et 25 tels qu'ils étaient actuellement libellés et indiquerait clairement que le choix ou la détermination de la compétence n'étaient pas exclusifs. L'autre variante rendrait exclusif le choix de la juridiction en vertu de l'article 24, alors qu'à l'article 25 la détermination de la juridiction compétente resterait non exclusive. Il faudrait s'efforcer de rajouter à l'article 25 une soupape de sûreté, à savoir la possibilité qu'un tribunal autre que celui choisi par les parties en vertu de l'article 24 devienne compétent si la décision du tribunal désigné à l'article 24 ne pouvait être reconnue et exécutée.

Chapitre VII. Conflit de lois

Article 26. Choix de la loi applicable

et

Article 27. Détermination de la loi applicable

85. Le Groupe de travail a d'abord étudié s'il faudrait inclure dans le projet de convention des dispositions relatives au conflit de lois. Selon un avis, il n'était ni nécessaire ni approprié de conserver le chapitre VII, puisque le projet de convention avait pour objet d'offrir un ensemble de règles de fond uniformes sur les lettres de garantie. On s'est également demandé quelles seraient les incidences du chapitre VII pour les États qui étaient parties à la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Selon un autre avis, il faudrait conserver le chapitre VII. A l'appui de cet avis, il a été déclaré que, même avec le projet de convention, il serait utile et nécessaire de disposer de règles de conflit de lois, qu'elles émanent d'une loi nationale ou d'une convention. L'inclusion de ces règles dans le projet de convention permettrait de renforcer la fiabilité et l'utilité commerciale des instruments en question, car on reconnaîtrait ainsi l'autonomie des parties en matière de choix de la loi applicable et on réduirait le risque de litiges touchant la détermination de cette loi.

86. Le Groupe de travail a étudié si les dispositions de l'article premier relatives au champ d'application devraient s'appliquer également aux dispositions relatives au conflit de lois énoncées aux articles 26 et 27, si ces derniers articles étaient retenus. Il a été noté que, si les articles 26 et 27 étaient soumis, pour ce qui est de leur champ d'application, aux mêmes règles que le reste du projet de convention, ils ne s'appliqueraient que si le projet de convention dans son ensemble était applicable et donc uniquement aux questions non régies par le projet de convention; par contraste, si les articles 26 et 27 étaient applicables de manière autonome, ils s'appliqueraient même si le reste de la Convention n'était pas applicable, ce qui permettrait d'unifier les règles de conflit de lois des États contractants dans ce domaine. Une telle approche exigerait que les articles 26 et 27 soient expressément exclus du champ de l'article premier. Vu la relation entre le chapitre VII et l'article premier, le Groupe de travail a jugé qu'il serait mieux à même de trancher la question du maintien ou de la suppression du chapitre VII et d'étudier la teneur et l'application de ce chapitre après qu'il aurait réexaminé l'article premier (voir ci-après, par. 90 à 106).

87. A propos de l'article premier, des doutes ont été émis quant à la possibilité d'inclure dans le projet de convention des règles de conflit de lois qui seraient applicables même si la Convention n'était pas applicable conformément aux dispositions de l'article premier. On a jugé qu'une telle approche était inhabituelle, voire sans précédent dans une convention multilatérale. Il a été déclaré que les règles de conflit de lois étaient des éléments caractéristiques des lois nationales et devraient donc sans doute être envisagées si le Groupe de travail décidait que son texte prendrait la forme d'une loi type, mais qu'il n'était pas approprié de les inclure dans le projet de convention car cette question devrait plutôt être régie par la législation nationale. Il a été noté que, dans le cadre du projet de convention, il faudrait se limiter à définir clairement à l'article premier le champ d'application général du projet de convention et que, au cas où des règles de conflit de lois seraient incluses, elles ne devraient s'appliquer que dans les cas où le projet de convention dans son ensemble s'appliquait, ce qui limiterait leur application aux questions non régies par le projet de convention. On a en outre craint qu'une règle de conflit de lois générale et stricte ne soit d'une utilité limitée, car elle serait moins détaillée et moins souple que les mécanismes nationaux en la matière et risquerait d'empêcher une évolution progressive vers des approches plus souples. On a également craint que la préparation de dispositions viables suffisamment détaillées en matière de conflit de lois, bien adaptées aux différents types de systèmes juridiques, ne risque de retarder encore l'achèvement du projet de convention par le Groupe de travail. Dans ce contexte, on a notamment fait remarquer qu'une description plus détaillée des droits, obligations et moyens de recours qui seraient régis ou non par ces règles serait nécessaire, afin d'éviter des interprétations divergentes dans les différents systèmes juridiques; par exemple, il a été fait référence à la question de la prescription.

88. En réponse à ces préoccupations, il a été noté que l'inclusion d'un chapitre VII indépendant ne devrait pas être nécessairement considérée comme une intrusion inappropriée, car les États disposeraient de toute façon de règles de conflit applicables dans les cas où la Convention ne s'appliquerait pas. Il a également été noté que les règles énoncées au chapitre VII représentaient l'approche qui avait prévalu et qui était largement acceptée. Si, pour certains, ce fait militait en faveur de la suppression du chapitre VII, les tenants du maintien de ce chapitre ont noté qu'une convention sur les conflits de lois en la matière — dont l'élaboration était improbable — comporterait essentiellement les mêmes règles, et que le chapitre VII ne devrait donc pas être considéré comme une source de controverses ou de problèmes particuliers. A ce propos, il a été noté qu'il n'y avait aucune raison de ne pas conserver un chapitre VII qui serait applicable de manière autonome, afin d'unifier la législation applicable aux lettres de garantie dans les États contractants, notamment pour ce qui est de la notion importante de l'autonomie des parties en matière de choix de la loi applicable. Le Groupe de travail a été informé que les tribunaux pourraient ainsi plus facilement résoudre les problèmes pratiques auxquels ils se heurtaient dans ce domaine et que cet aspect devrait être prédominant, alors qu'il importait moins de savoir si les dispositions en question devaient être considérées comme des dispositions de fond ou des dispositions de procédure. Il a également été noté que le chapitre VII ne serait pas la seule section du projet de convention traitant de questions de procédure si l'on retenait le chapitre VI. Selon un avis connexe, même si le chapitre VII n'était pas dans l'ensemble applicable indépendamment des dispositions de l'article premier relatives au champ d'application, il pourrait être retenu afin d'énoncer une règle de conflit pour les questions non régies par la Convention.

89. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de partir de l'hypothèse que les articles 26 et 27 seraient conservés dans le projet de convention et qu'ils seraient applicables indépendamment du point de savoir si, dans un cas donné, le projet de convention s'appliquait en vertu des dispositions générales de l'article premier relatives au champ d'application. Il a prié le Secrétariat d'établir, en consultation avec

la Conférence de La Haye de droit international privé, une version révisée des articles 26 et 27, afin de tenir compte de cette hypothèse de travail et des observations faites par le Groupe de travail quant à la teneur des articles 26 et 27 et à l'approche retenue. Il a été noté que cette approche serait étudiée lors de la prochaine lecture de ces articles.

Chapitre premier. Champ d'application

Article premier. Champ d'application

90. Lorsque le Groupe de travail a commencé à revoir les dispositions révisées du projet de convention, il a convenu d'une manière générale que cette lecture du texte devrait être considérée comme la lecture définitive à laquelle il procéderait, de façon que le texte puisse être soumis à la Commission à sa vingt-huitième session en 1995, comme celle-ci l'avait demandé à sa vingt-sixième session[3].

"La présente Convention"

91. Un échange de vues s'est engagé sur la question de savoir si le projet de texte devrait être adopté sous la forme d'une convention ou sous la forme d'une loi type. Certains ont appuyé la formule d'une loi type, car elle offrait aux États une plus grande latitude quant aux dispositions du texte qu'ils jugeraient acceptables et qui pourraient être facilement incorporées dans la législation nationale. Il a toutefois été noté que l'adoption du projet de texte sous la forme d'une convention permettrait aussi une certaine souplesse, car les États l'adoptant auraient la possibilité d'émettre des réserves sur un nombre limité de questions.

92. La formule d'une convention a recueilli un peu plus de suffrages, car elle cadrait mieux avec le caractère des règles envisagées et elle favoriserait mieux l'uniformité et réduirait les incertitudes quant aux règles applicables, ce qui était considéré comme indispensable au bon fonctionnement des lettres de garantie internationales et à la fiabilité des lettres de garantie utilisées comme instruments financiers. Il a également été déclaré qu'une convention, bien que moins souple par nature qu'une loi type, serait peut-être plus facilement acceptable pour les États l'adoptant au motif que, au moins dans certains pays, il serait possible d'incorporer une convention régissant les lettres de garantie internationales dans la législation nationale par une procédure législative simplifiée qui n'impliquerait pas nécessairement l'élaboration d'une loi nationale sur les lettres de garantie.

93. Après un débat, le Groupe de travail a confirmé l'hypothèse retenue à sa dix-septième session (A/CN.9/361, par. 147) selon laquelle le texte définitif prendrait la forme d'une convention. Il a été convenu que la possibilité pour les États adoptant la Convention de faire des réserves devrait être discutée par le Groupe de travail à mesure qu'il examinerait les dispositions du projet de convention. Il a également été noté que la décision prise par le Groupe de travail quant à la forme de l'instrument n'excluait pas la possibilité que la Commission puisse revenir à la formule plus souple d'une loi type lors de la phase ultime de ses travaux, lorsqu'elle aurait réexaminé le projet de convention élaboré par le Groupe de travail.

[3] *Ibid., quarante-huitième session, Supplément n° 17* (A/48/17), par. 273.

"s'applique aux lettres de garantie internationales"

94. Des vues divergentes ont été exprimées au sujet de l'expression "lettres de garantie internationales" employée à l'article premier pour délimiter le champ d'application quant au fond du projet de convention. Selon un avis, il fallait retenir cette expression car elle englobait, tout en restant suffisamment concise, les deux types d'engagement que devait régir la Convention, à savoir les garanties sur demande et les lettres de crédit stand-by. En outre, elle était conforme à l'approche retenue pour le moment, consistant à énoncer des dispositions communes aux deux types d'engagement, à moins que, dans des cas particuliers, il ne soit nécessaire de ne faire référence qu'à un de ces types. On a toutefois noté que, dans le projet de convention, la dénomination commune simplifiée n'était employée que dans les dispositions dudit projet, et non dans son titre où, en désignant deux types d'engagement, on estimait signaler plus clairement au lecteur quel devait être le champ d'application de la Convention. Il a été suggéré de modifier le titre du projet de convention en "Projet de convention sur les lettres de garantie (garanties indépendantes et lettres de crédit stand-by)". Selon une autre suggestion, une référence, à l'article premier, à "des lettres de garantie internationales telles qu'elles sont définies à l'article 2" pourrait indiquer de façon suffisamment claire que le sujet de la Convention était limité aux garanties indépendantes et aux lettres de crédit stand-by.

95. Selon un autre avis, l'expression "lettre de garantie" n'était pas appropriée car elle ne correspondait pas à la terminologie employée dans la pratique, en particulier dans la pratique des lettres de crédit stand-by. En outre, on a fait valoir que l'emploi du mot "garantie" risquait de poser des problèmes au plan de la réglementation dans certains pays, où le projet de convention pourrait être interprété à tort comme habilitant les banques à émettre des garanties accessoires, pratique qui était expressément rejetée par la réglementation bancaire en vigueur. Il a donc été suggéré de remplacer l'expression "lettres de garantie" par une expression telle que "garanties indépendantes et lettres de crédit stand-by". S'il était toutefois nécessaire d'utiliser une dénomination commune simplifiée, on devrait retenir un terme véritablement neutre tel qu'"engagement", "instrument financier indépendant", "assurance financière internationale" ou "lettre sur demande", qui aurait pour avantage de ne pas orienter le texte vers l'un ou l'autre des deux types d'engagement. On a toutefois attiré l'attention sur le fait qu'en employant une expression neutre de ce genre, on risquait de ne plus savoir de quel instrument il était question, en particulier dans les cas où il y avait émission d'une chaîne de garanties et de contre-garanties. Pour ce qui est de l'emploi de l'expression "garanties indépendantes et lettres de crédit stand-by", on s'est inquiété de ce qu'elle risquait de ne pas couvrir tous les "engagements équivalents" évoqués à l'article 2.

96. On s'est demandé également si l'emploi de l'expression "lettre de garantie" dans le titre et à l'article premier de la Convention serait suffisamment neutre, car il pourrait suggérer une préférence pour les garanties indépendantes par rapport aux garanties accessoires. On a donc proposé d'ajouter l'épithète "indépendantes" dans le titre et à l'article premier, afin de ne pas suggérer que les garanties bancaires et autres instruments indépendants définis à l'article 2 étaient

les seules "lettres de garantie" concevables. Il a été répondu que l'article 2 indiquait clairement que seules les garanties indépendantes étaient régies par la Convention.

97. L'opinion qui a prévalu a été que, étant donné les difficultés pratiques que soulevait dans certains pays l'emploi d'une expression créée artificiellement telle que "lettre de garantie", il ne faudrait pas essayer davantage d'adopter une terminologie qui décrive la pratique. Le projet de convention devrait au contraire employer des termes neutres tels que "engagement" pour faire référence aux deux types d'instrument qu'il régissait. Pour ce qui est de l'article premier, il a été décidé qu'il devrait contenir une référence aux engagements tels qu'ils étaient définis à l'article 2, tandis que l'expression "garanties indépendantes et lettres de crédit standby" serait utilisée dans le titre du projet de convention.

"[émises dans un État contractant]"

98. Le Groupe de travail a discuté du libellé entre crochets en tant que critère pour la détermination du champ d'application territorial de la Convention. On a noté que, si ce libellé était supprimé, ce champ d'application serait déterminé exclusivement par les règles de conflit de lois applicables tandis que, s'il était conservé, le champ d'application serait déterminé par un facteur rattachant de façon autonome l'opération à un État contractant, c'est-à-dire sans référence aux règles relatives au conflit de lois. On a déclaré qu'une autre approche possible, qui élargirait le champ d'application du projet de convention en s'inspirant du paragraphe 1 de l'article premier de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (ci-après dénommée "Convention des Nations Unies sur les ventes"), consisterait à énoncer un facteur de rattachement tel que celui que constituait le libellé entre crochets et à prévoir en outre l'applicabilité de la Convention dans les cas où les règles de conflit de lois aboutissaient à l'application de la loi d'un État contractant.

99. On a fait valoir, à l'appui de l'ajout d'une référence aux cas où les règles de conflit de lois aboutissaient à l'application de la loi d'un État contractant, qu'une telle référence pourrait être nécessaire pour que la Convention traite de façon satisfaisante du cas où seul le contre-garant mais non la seconde banque émettant une garantie indirecte se trouvait dans un État contractant. On a noté cependant que, dans la pratique, cet ajout aurait un effet limité, car la plupart des règles nationales de conflit de lois menaient à l'application de la loi du pays où la lettre de garantie avait été émise. Selon un avis contraire, l'incorporation d'une référence aux règles du droit international privé pourrait engendrer des incertitudes lorsqu'un tribunal d'un État contractant aurait à appliquer comme loi d'un autre État contractant le projet de convention, et que l'interprétation dudit projet dans ces deux États contractants aboutirait à des solutions divergentes. On a noté que, pour cette raison, un certain nombre de pays avaient émis une réserve au paragraphe 1 *b* de l'article premier de la Convention des Nations Unies sur les ventes.

100. Après discussion, le Groupe de travail a décidé que le libellé entre crochets devait être maintenu et qu'en outre le projet de convention devait prévoir l'applicabilité de la Convention lorsque les règles de conflit de lois aboutissaient à l'application de la législation d'un État contractant.

"[sauf stipulation contraire de ladite lettre]"

101. Le Groupe de travail est convenu que les parties devaient être autorisées à décider que le projet de convention ne s'appliquerait pas à une lettre de garantie donnée ("clause de renonciation"). De l'avis général, une telle décision devait être expressément mentionnée dans le texte de l'engagement. On a noté cependant que, dans la plupart des pays, il n'existait, à l'heure actuelle, aucune législation portant spécifiquement sur les lettres de garantie. Si les parties choisissaient de ne pas appliquer le projet de convention, les tribunaux pourraient soumettre la lettre de garantie soit au droit général des contrats, soit au projet de convention, qui pourrait être considéré comme la seule législation nationale sur le sujet. Ainsi, la renonciation à l'application du projet de convention pourrait, dans la pratique, avoir un effet limité. Après un débat, le Groupe de travail a adopté le libellé entre crochets.

102. On s'est demandé si les parties devraient être autorisées, non seulement à renoncer à l'application de l'ensemble de la Convention, mais aussi à déroger à certaines de ses dispositions. Il a été proposé d'adopter une disposition s'inspirant de l'article 6 de la Convention des Nations Unies sur les ventes. On a noté, cependant, qu'une disposition autorisant les parties à déroger à certaines dispositions ou à en modifier l'effet ne conviendrait que si le texte définitif devait avoir un caractère essentiellement non impératif. Selon l'opinion qui a prévalu, la question de l'autonomie des parties concernant certaines dispositions du projet de convention ne devrait être examinée qu'après les articles du projet de convention, dont quelques-uns seulement étaient actuellement désignés comme non impératifs.

", et à toute autre lettre de garantie dans laquelle il est spécifié qu'elle est soumise à la présente Convention."

103. Diverses questions ont été posées dans le cadre du débat sur l'opportunité d'inclure dans le projet de convention une disposition permettant aux parties à une lettre de garantie de faire régir ladite lettre par le projet de convention ("clause d'option positive").

104. La première question était de savoir si une clause d'option positive devrait permettre aux parties à une lettre de garantie nationale d'opter pour le régime international prévu dans le projet de convention. A l'appui d'une telle disposition, on a fait valoir qu'il pourrait être particulièrement souhaitable d'autoriser les parties, dans le cadre d'opérations nationales, à se reporter à un régime international dont on pourrait attendre des solutions équitables à des problèmes que la législation nationale pourrait ne pas régler entièrement. On a aussi fait valoir qu'en permettant aux parties d'opter pour l'application du projet de convention il pourrait être plus facile d'accepter une définition restrictive du mot "internationalité" à l'article 4. Selon un avis contraire, les parties ne devraient pas être autorisées à se soustraire aux règles impératives des législations nationales en optant pour l'application du projet de convention. On a noté qu'en l'absence de telles règles impératives les parties pourraient

adopter le projet de convention comme régime contractuel, même si ce dernier ne contenait aucune disposition spécifique à cet effet. Après un débat, le Groupe de travail est convenu que le texte du projet de convention ne devrait pas être libellé de manière à donner aux parties un droit de l'adopter pour des opérations nationales.

105. On s'est ensuite demandé si une clause d'option positive devrait permettre aux parties d'appliquer le projet de convention à une lettre de garantie internationale qui n'entrerait pas autrement dans le champ d'application territorial dudit projet, par exemple dans le cas où la lettre de garantie était émise dans un État non contractant. De l'avis général, s'il fallait laisser aux parties toute liberté d'adopter indirectement le régime juridique énoncé dans le projet de convention par le biais d'une référence à la loi d'un État contractant, la Convention ne devait cependant comporter aucune disposition particulière leur permettant d'opter directement pour son application en l'absence d'une telle référence à la loi d'un État contractant qui appliquait la Convention dans de tels cas.

106. On s'est en outre demandé si une clause d'option positive devrait autoriser les parties à faire appliquer le projet de convention à un instrument qui ne serait pas considéré autrement comme une lettre de garantie au titre de l'article 2. Selon un avis, la possibilité d'opter pour l'application du projet de convention devait être limitée aux lettres de crédit commerciales, qui avaient le même caractère juridique que les lettres de crédit stand-by et qui, dans certains cas, ne pouvaient apparemment s'en distinguer. On a déclaré que l'application du projet de convention aux lettres de crédit commerciales serait appropriée car elles fonctionnaient selon les mêmes principes que les lettres de crédit stand-by. On a déclaré par ailleurs qu'il faudrait mentionner expressément dans le projet de convention la possibilité d'une clause d'option positive, étant donné l'exclusion possible des lettres de crédit commerciales de la définition de la lettre de garantie dans la variante C du projet de paragraphe 1 de l'article 2. Il y a eu une objection contre le fait de mentionner expressément dans le projet de convention que la possibilité pour les parties de convenir d'une clause d'option positive devrait être limitée aux lettres de crédit commerciales. Une telle disposition pourrait avoir pour effet involontaire d'exclure toute possibilité de faire appliquer le projet de convention à d'autres instruments comme cela serait possible autrement en vertu de la législation applicable. Après discussion, le Groupe de travail a décidé que la clause générale d'option positive qui figurait dans le projet actuel devrait être remplacée par une disposition autorisant les parties à une lettre de crédit commerciale d'opter pour l'application du projet de convention. Il a été noté que, lorsqu'il examinerait les articles restants du projet de convention, le Groupe de travail aurait la possibilité d'étudier si cette décision était appropriée et de la revoir si nécessaire.

Article 2. Lettre de garantie

Paragraphe 1

Chapeau

107. Diverses propositions ont été faites afin de préciser que l'émission mentionnée au début de la définition visait essentiellement l'émission d'un engagement à titre professionnel. A cette fin, il a été proposé d'ajouter le mot "financière" après le mot "institution". Le Groupe de travail a jugé que cette modification ne rendrait pas la disposition plus claire. Diverses suggestions parallèles ont été faites visant à exclure les cas où l'engagement était pris par un consommateur. Il a notamment été suggéré d'autoriser une réserve permettant d'exclure les émissions par des consommateurs; d'inclure une déclaration selon laquelle le projet de convention n'avait pas d'incidence sur l'application de la législation en matière de protection du consommateur; d'ajouter des mots tels que "autre qu'un consommateur" après le mot "personne"; de supprimer le mot "personne", ou du moins de le qualifier par l'adjectif "commerciale"; de faire référence au domaine "commercial ou professionnel". Pour ce qui est de cette dernière suggestion, il a été noté que, dans certains cas, il serait impossible de déterminer l'objet de l'engagement en se fondant sur l'instrument lui-même. Le Groupe de travail n'a pas jugé que ces propositions apporteraient davantage de clarté dans les cas visés. Il a également été noté que les cas d'émission privée étaient relativement rares à l'échelon international. En outre, le Groupe de travail a dans l'ensemble jugé que l'émission d'un engagement par une personne à des fins de consommation ou à d'autres fins privées touchait une question qui relevait de la législation nationale et n'était pas régie par le projet de convention.

Variantes A, B et C

108. Trois variantes ont été présentées au Groupe de travail quant à la manière de décrire les formes ou types d'engagements régis par le projet de convention. La variante A, qui faisait simplement référence aux garanties sur demande et aux lettres de crédit stand-by, n'a reçu qu'un appui limité. Selon un avis, l'approche plus détaillée retenue dans la variante B, qui décrivait l'objet normal de l'engagement, était superflue. On a craint que la définition figurant dans la variante B ne soit pas suffisamment axée sur les caractéristiques des instruments régis par la Convention et n'englobe des instruments qui ne devaient pas l'être, tels que les billets à ordre. Toutefois, selon l'avis qui a prévalu, la variante B était préférable. Comme il est indiqué ci-après, après un débat sur la variante B, le Groupe de travail a également décidé d'incorporer des éléments de la variante C, qui excluait expressément certains types d'instruments.

109. Pour ce qui est de la variante B, deux options étaient présentées entre crochets à propos du libellé à utiliser pour décrire l'objet de l'engagement. Le Groupe de travail a préféré la deuxième option, qui faisait référence au paiement sur simple demande ou sur présentation de documents indiquant que le paiement est dû, ainsi qu'à d'autres types d'éventualités ou d'objectifs, notamment les fonctions de paiement direct souvent remplies par les lettres de crédit stand-by financières.

110. Il a été avancé que le libellé "sur simple demande ou sur présentation de documents" risquerait de laisser entendre qu'un engagement sur simple demande n'était pas de caractère documentaire, question qui avait suscité des controverses parmi ceux qui avaient étudié la pratique. Il a été jugé qu'il serait plus approprié de retenir le libellé suivant : "sur simple demande ou sur présentation d'autres documents". Le Groupe de travail a accepté cette modification.

111. Il a été proposé de remplacer les mots "documents *indiquant* que le paiement est dû" par les mots "documents *indiquant ou laissant entendre* que le paiement est dû". On craignait en effet que le libellé original soit par trop étroit car, dans certains cas, l'engagement exigeait la présentation de certains documents avec la demande de paiement en cas de défaut d'exécution, mais ces documents n'"indiqueraient" pas nécessairement que le paiement était dû. On a toutefois craint que l'utilisation des mots "laissant entendre" ne conduise à une interprétation erronée et dangereuse, à savoir que la doctrine de la stricte conformité des documents aux conditions de l'engagement était atténuée ou pouvait être modifiée par le paragraphe 2. Afin de répondre à ces préoccupations, le Groupe de travail a décidé d'utiliser un libellé tel que : "documents, conformes aux termes et conditions de l'engagement indiquant que le paiement est dû ...".

112. Pour ce qui est de la variante C, qui excluait expressément les lettres de crédit commerciales, les contrats d'assurance et les effets de commerce, le Groupe de travail a estimé dans l'ensemble qu'il faudrait la conserver, sous réserve de la décision d'autoriser expressément l'application du projet de convention aux lettres de crédit commerciales par convention des parties. Il a été proposé de supprimer la variante C, notamment parce que l'on pourrait par erreur considérer la liste qui y figurait comme exhaustive. Il a été noté qu'il devait être entendu que la suppression de cette variante ne signifiait pas que l'on souhaitait que ces instruments soient régis par la convention. Toutefois, cette approche n'a pas reçu d'appui, notamment parce que l'on a jugé que la variante C serait utile pour dissiper les doutes que pourrait susciter l'approche plus large retenue pour le paragraphe 1.

III. TRAVAUX FUTURS

113. Le Groupe de travail a noté que, lors de sa vingt et unième session, qui se tiendrait à New York du 14 au 25 février 1994, il examinerait le reste des articles révisés figurant dans le document A/CN.9/WG.II/WP.80. Il a également noté que, sous réserve d'approbation par la Commission, sa vingt-deuxième session se tiendrait du 19 au 30 septembre 1994 à Vienne.

B. Document de travail soumis au Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux à sa vingtième session : nouvelle révision du projet de Convention : articles premier à 17 : note du Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.80) [Original : anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Pages
INTRODUCTION		136
PROJET DE CONVENTION SUR LES GARANTIES INDÉPENDANTES ET LES LETTRES DE CRÉDIT STAND-BY		136
CHAPITRE PREMIER.	CHAMP D'APPLICATION	136
Article 1er.	Champ d'application	136
Article 2.	Lettre de garantie	136
Article 3.	Indépendance de l'engagement	136
Article 4.	Internationalité de la lettre de garantie	136
CHAPITRE II.	INTERPRÉTATION	136
Article 5.	Principes d'interprétation	136
Article 6.	Règles d'interprétation et définition	137
CHAPITRE III.	EFFETS DE LA LETTRE DE GARANTIE	137
Article 7.	Établissement de la lettre de garantie	137
Article 8.	Modification	137
Article 9.	Transfert du droit du bénéficiaire à demander paiement	137
Article 9 *bis*.	Cession du produit	137
Article 10.	Moment où la lettre de garantie cesse d'exercer ses effets	138
Article 11.	Expiration	138
CHAPITRE IV.	DROITS, OBLIGATIONS ET MOYENS DE RECOURS	138
Article 12.	Détermination des droits et obligations	138
Article 13.	Responsabilité du garant ou de l'émetteur	138
Article 14.	Demande	139
[Article 15.	Avis de demande]	139
Article 16.	Examen de la demande et des documents joints	139
Article 17.	Paiement ou rejet de la demande	139

INTRODUCTION

1. Le Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux a examiné à sa seizième session les projets d'articles premier à 13 et, à sa dix-septième session, les projets d'articles 14 à 27 d'une loi uniforme sur les lettres de garantie internationales établis par le Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WG.73 et Add.1). Les délibérations et conclusions du Groupe de travail lors desdites sessions sont reproduites dans les rapports du Groupe de travail sur les travaux de ces deux sessions (A/CN.9/358 et 361). Sur la base desdites conclusions, un projet révisé de texte des articles premier à 27 a été présenté au Groupe de travail a sa dix-huitième session (A/CN.9/WG.II/WP.76 et Add.1). A cette session, le Groupe de travail a examiné les articles premier à 8 (A/CN.9/372) et, à sa dix-neuvième session, il a examiné les articles 9 à 17 (A/CN.9/374) et prié le Secrétariat d'établir une nouvelle version révisée des articles premier à 17, compte tenu des délibérations et décisions lors des dix-huitième et dix-neuvième sessions.

2. On trouvera dans la présente note cette nouvelle révision des articles premier à 17. Les ajouts et modifications par rapport au texte précédent sont soulignés. On notera que, conformément aux instructions récentes relatives à un contrôle et à une limitation plus stricts de la documentation des Nations Unies, les projets de dispositions ne sont pas accompagnés de remarques explicatives. On se référera donc aux sections pertinentes des rapports du Groupe de travail (A/CN.9/372 et 374); des explications supplémentaires seront fournies oralement durant la session du Groupe de travail.

PROJET DE CONVENTION SUR LES GARANTIES INDÉPENDANTES ET LES LETTRES DE CRÉDIT STAND-BY

Chapitre premier. Champ d'application

Article premier. Champ d'application

La présente Convention s'applique aux lettres de garantie internationales [émises dans un État contractant], [*sauf stipulation contraire de ladite lettre*], *et à toute autre lettre de garantie dans laquelle il est spécifié qu'elle est soumise à la présente Convention.*

Article 2. Lettre de garantie

1. Une lettre de garantie est un engagement indépendant pris par une banque ou une autre institution ou personne ("*garant*" *ou* "émetteur")

Variante A : en tant que garantie sur demande ou lettre de crédit stand-by,

Variante B : qu'il soit désigné comme garantie sur demande ou lettre de crédit stand-by, ou tout engagement équivalent [normalement pris pour protéger le bénéficiaire contre la non-exécution de certaines obligations du donneur d'ordre ou contre une autre éventualité] [prévoyant un paiement sur simple demande ou sur présentation de documents indiquant que le paiement est dû en raison de la non-exécution d'une obligation, ou pour toute autre éventualité, ou en raison d'un prêt ou d'une avance d'argent ou du fait de l'arrivée à échéance d'une dette du donneur d'ordre ou d'une autre personne],

Variante C : à l'exclusion des lettres de crédit commerciales, des contrats d'assurance et des effets de commerce,

de payer au bénéficiaire un certain montant ou un montant déterminable conformément aux termes et à toute condition documentaire de l'engagement [dès réception d'une demande présentée de la manière prescrite dans l'engagement].

2. L'engagement peut être pris

a) A la demande ou sur les instructions du client ("donneur d'ordre") *du garant ou* de l'émetteur ("lettre de garantie directe");

b) Sur les instructions d'une autre banque, établissement ou personne ("partie ordonnatrice") agissant sur la demande de son client ("donneur d'ordre") ("lettre de garantie indirecte"); ou

c) Au nom *du garant ou* de l'émetteur lui-même ("lettre de garantie au nom *du garant ou* de l'émetteur").

3. Il peut être stipulé dans la lettre de garantie que le paiement sera effectué sous toute forme, y compris :

a) Dans une monnaie ou unité de compte spécifiée;

b) Par acceptation d'une lettre de change d'un montant spécifié;

c) Par paiement différé; ou

d) Par la fourniture d'un article de valeur spécifié.

4. Il peut être stipulé dans la lettre de garantie que le garant ou émetteur lui-même est le bénéficiaire lorsqu'il agit pour une autre personne.

Article 3. Indépendance de l'engagement

Aux fins de la présente Convention, un engagement est indépendant *lorsque [l'exécution de] l'obligation du garant ou de l'émetteur envers le bénéficiaire n'est pas soumise à l'existence ou à la validité d'une opération sous-jacente, ou à tout terme ou condition ne figurant pas sur l'engagement, ou [, même si cela est énoncé en tant que condition de paiement dans la lettre de garantie,] à tout futur acte ou fait incertain autre que la présentation des documents spécifiés.*

Article 4. Internationalité de la lettre de garantie

Une lettre de garantie est internationale si les *lieux*, tels qu'ils sont spécifiés dans la lettre de garantie, de deux des [personnes] suivantes sont situés dans des États différents : *garant ou* émetteur, bénéficiaire, donneur d'ordre, partie ordonnatrice, notificateur, confirmateur. Si la lettre de garantie indique plus d'un *lieu* pour une personne donnée, le *lieu pertinent* est celui qui a la relation la plus étroite avec la lettre de garantie.

Chapitre II. Interprétation

Article 5. Principes d'interprétation

Pour l'interprétation de la présente Convention, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application et d'assurer le respect de la bonne foi dans la pratique internationale en matière de garantie et de lettre de crédit stand-by.

Article 6. Règles d'interprétation et définitions

Aux fins de la présente Convention et sauf disposition contraire de ladite Convention, ou à moins que le contexte ne s'y oppose :

a) Le terme "lettre de garantie" inclut les "lettres de contre-garantie" et les "confirmations des lettres de garantie", et les mots "garant *ou émetteur* incluent le "contre-garant" et le "confirmateur";

[*b)* Toute référence à la lettre de garantie ou à l'engagement *du garant ou* de l'émetteur, ou à ses termes et conditions, constitue une référence au texte tel qu'initialement établi conformément à l'article 7 ou, si ce texte a été ultérieurement modifié conformément à l'article 8, au texte sous sa dernière forme modifiée;]

c) [Supprimé]

d) Le terme "lettre de contre-garantie" désigne une lettre de garantie donnée *au garant ou* à l'émetteur d'une autre lettre de garantie par sa partie ordonnatrice ou *au garant ou* à l'émetteur d'une autre garantie ou lettre de crédit et prévoyant un paiement sur demande et sur présentation de tout document spécifié indiquant que le paiement en vertu de cette autre lettre de garantie ou de cet autre engagement a été demandé au bénéficiaire de la "lettre de contre-garantie" ou effectué par ce dernier;

e) Le terme "contre-garant" désigne *le garant ou* l'émetteur d'une lettre de contre-garantie;

f) Le terme "confirmation d'une lettre de garantie" désigne un engagement indépendant s'ajoutant à celui *du garant ou* de l'émetteur et *autorisé par le garant ou l'émetteur*, donnant au bénéficiaire la possibilité de demander paiement et, sauf disposition expresse contraire, de présenter tout document requis au confirmateur au lieu *du garant ou* de l'émetteur;

g) Le mot "confirmateur" désigne la personne confirmant une lettre de garantie;

h) Le mot "document" désigne une communication faite sous une forme permettant d'en préserver un enregistrement complet, et authentifiée si cela est requis, et sous la forme requise, par la loi applicable ou par les termes et conditions de la lettre de garantie [; *lorsqu'une authentification est requise mais que sa forme n'est pas spécifiée, toute méthode d'authentification qui est commercialement raisonnable en l'espèce peut être utilisée*];

i) Le mot "émission" d'une lettre de garantie indique que la lettre de garantie n'est plus sous le contrôle du garant ou de l'émetteur;

j) Le mot ["effet"] ["validité"] d'une lettre de garantie signifie que ladite lettre [habilite le bénéficiaire à] [est utilisable par le bénéficiaire pour] faire une demande conforme de paiement.

Chapitre III. Effets de la lettre de garantie

Article 7. Établissement de la lettre de garantie

1. Une lettre de garantie peut être établie sous toute forme qui préserve un enregistrement complet du texte de ladite lettre et qui permet une authentification de sa source par des méthodes généralement acceptées ou par une procédure convenue entre *le garant ou l'émetteur et le bénéficiaire*.

2. La lettre de garantie produit ses effets et, à moins qu'il n'y soit indiqué expressément qu'elle est révocable, devient irrévocable lorsqu'elle est émise, à condition qu'il n'y soit pas indiqué qu'elle produira ses effets à une date différente.

Article 8. Modification

1. Une lettre de garantie peut être modifiée sous la forme convenue par *le garant ou l'émetteur et le bénéficiaire* ou, faute d'une telle convention, sous toute forme visée au paragraphe 1 de l'article 7.

2. *Sauf convention contraire entre le garant ou l'émetteur et le bénéficiaire, une modification*

Variante A : Acceptée par le bénéficiaire [ou ne portant que sur la prolongation de la période de validité de la lettre de garantie] prend effet lorsqu'elle est émise par *le garant ou* l'émetteur.

Variante B : Prend effet lorsqu'elle est émise par le garant ou l'émetteur, *si elle a été auparavant autorisée par le bénéficiaire* [ou si elle ne porte que sur la prolongation de la période de validité de la lettre de garantie]; *toute autre modification prend effet* lorsque *le garant ou* l'émetteur reçoit un avis d'acceptation du bénéficiaire.

3. *La modification d'une lettre de garantie n'a d'effets sur les droits et obligations du donneur d'ordre (ou d'une partie ordonnatrice) ou d'un confirmateur de la lettre de garantie que s'ils acceptent ladite modification.*

Article 9. Transfert du droit du bénéficiaire à demander paiement

1. Le droit du bénéficiaire à demander paiement en vertu de la lettre de garantie ne peut être transféré que si cela est autorisé, dans la mesure où cela est autorisé et de la manière dont cela est autorisé par la lettre de garantie.

2. Si une lettre de garantie est désignée comme "transférable" [, ou contient des mots d'une portée similaire,] sans qu'il soit spécifié si le consentement *du garant ou* de l'émetteur [ou de toute autre personne autorisée] est requis pour qu'il y ait effectivement transfert, ni *le garant ou* l'émetteur, ni aucune autre personne autorisée n'est tenu d'effectuer le transfert, si ce n'est dans la mesure et de la manière expressément acceptée par lui.

Article 9 bis. Cession du produit

1. *Sauf convention contraire entre le garant ou l'émetteur et le bénéficiaire*, le bénéficiaire peut céder à une autre personne tout produit auquel il peut ou pourra avoir droit en vertu de la lettre de garantie.

2. Si *le garant ou* l'émetteur, ou toute autre personne tenue d'effectuer le paiement a reçu un avis *du bénéficiaire* sous une forme visée au paragraphe 1 de l'article 7 faisant état de la cession irrévocable du bénéficiaire, le paiement au cessionnaire libère le débiteur, dans la mesure du paiement qu'il effectue, de sa responsabilité en vertu de la lettre de garantie.

3. L'émetteur ou toute autre personne effectuant le paiement peut :

Variante X : Exercer tout droit de compensation d'une créance à l'encontre du bénéficiaire dans les limites des dispositions de l'article 20;

Variante Y : Invoquer à l'encontre du cessionnaire tout droit de compensation visé à l'article 20.

Article 10. Moment où la lettre de garantie cesse d'exercer ses effets

1. La lettre de garantie cesse d'exercer ses effets lorsque :

a) Le garant ou l'émetteur reçoit du bénéficiaire une déclaration le libérant de son obligation sous une forme visée au paragraphe 1 de l'article 7;

b) Le bénéficiaire et *le garant ou* l'émetteur conviennent de la résiliation de la lettre de garantie [sous une forme visée au paragraphe 1 de l'article 7];

c) Le montant énoncé dans la lettre de garantie est payé, à moins que la lettre de garantie ne prévoie un renouvellement automatique ou une augmentation automatique du montant disponible ou ne prévoie de toute autre manière qu'elle continuera d'exercer ses effets; ou

d) La période de validité de la lettre de garantie a expiré conformément aux dispositions de l'article 11.

[*1 bis. Lorsque la lettre de garantie cesse d'exercer ses effets, le bénéficiaire ne peut plus demander paiement en vertu de la lettre de garantie, mais ce fait n'a pas d'incidence sur les autres droits ou obligations du bénéficiaire ou d'autres parties nés avant que la lettre de garantie n'ait cessé d'exercer ses effets.*]

2. *Variante A :* Les dispositions du paragraphe 1 du présent article s'appliquent, que tout document contenant la lettre de garantie soit ou non retourné *au garant ou* à l'émetteur, [*ou qu'une procédure constituant un équivalent fonctionnel du renvoi du document ait ou non été suivie dans le cas de l'émission d'une lettre de garantie sous une forme autre que sur papier,*] et la conservation d'un tel document par le bénéficiaire ne préserve aucun de ses droits en vertu de la lettre de garantie, à moins que cette dernière ne dispose, *ou que le garant ou l'émetteur et le bénéficiaire ne conviennent par ailleurs* qu'elle continuera d'exercer ses effets si le document la contenant n'est par retourné.

Variante B : Nonobstant les dispositions du paragraphe 1, la lettre de garantie peut disposer, ou le garant ou l'émetteur et le bénéficiaire peuvent convenir par ailleurs, que le renvoi du document contenant la lettre de garantie au garant ou à l'émetteur, [ou une procédure constituant un équivalent fonctionnel du renvoi du document dans le cas de l'émission d'une lettre de garantie sous une forme autre que sur papier,] soit à lui seul, soit en conjonction avec l'un des faits visés au paragraphe 1 [, alinéas a *et* b,*] est requis pour que la lettre de garantie cesse d'exercer ses effets; une telle stipulation ou une telle convention n'exercent aucun effet au-delà de la période de validité de la lettre de garantie conformément à l'article 11.*

Article 11. Expiration

La période de validité de la lettre de garantie expire :

a) A la date d'expiration, qui peut être une date spécifiée ou le dernier jour d'un délai déterminé énoncé dans la lettre de garantie, étant entendu que, si la date d'expiration n'est pas un jour ouvrable à l'endroit où se situe le lieu *du garant ou* de l'émetteur, *ou de toute autre personne ou à tout autre endroit spécifié dans la lettre de garantie pour la présentation de la demande de paiement,* la période de validité expire le premier jour ouvrable suivant cette date;

b) Si l'expiration est fonction, conformément à la lettre de garantie, de la survenance d'un événement, lorsque *le garant ou* l'émetteur reçoit confirmation de la survenance de cet événement par la présentation du document spécifié à cette fin dans la lettre de garantie ou, si aucun document n'est spécifié, d'une attestation du bénéficiaire certifiant que l'événement est survenu;

c) Variante A : Si la lettre de garantie ne comporte pas de disposition relative à la date d'expiration, ou si la survenance du fait spécifié n'a pas encore été établie par présentation du document requis, lorsque cinq ans se sont écoulés à compter de la date à laquelle la lettre de garantie a pris effet.

Variante B : Si la lettre de garantie n'énonce ni une date d'expiration ni un fait entraînant l'expiration, ou si la survenance du fait spécifié n'a pas encore été établie par présentation du document requis, cinq ans après l'établissement de la lettre de garantie, à moins que la lettre de garantie ne soit émise sous la forme d'une garantie sur demande et ne contienne une disposition expresse prévoyant une validité indéfinie.

Chapitre IV. Droits, obligations et moyens de recours

Article 12. Détermination des droits et obligations

1. Sous réserve des dispositions de la présente Convention, les droits et obligations *du garant ou de l'émetteur et du bénéficiaire* sont déterminés par les termes et conditions énoncés dans la lettre de garantie, y compris toutes règles, conditions générales ou usages qui y sont mentionnés [expressément].

2. Pour l'interprétation des termes et conditions de la lettre de garantie et pour le règlement de questions qui ne sont pas traitées dans les termes et conditions de la lettre de garantie ou dans les dispositions de la présente Convention, il sera tenu compte des règles et usages internationaux généralement acceptés de la pratique en matière de garantie ou de lettre de crédit stand-by.

Article 13. Responsabilité du garant ou de l'émetteur

1. Lorsqu'il s'acquitte de ses obligations [en vertu de la lettre de garantie et de la présente Convention], *le garant ou* l'émetteur agit de bonne foi et exerce un soin raisonnable, *comme il sera déterminé compte dûment tenu* d'une saine pratique en matière de garantie ou de lettre de crédit stand-by.

2. *Le garant ou* l'émetteur ne peut être exonéré de sa responsabilité lorsqu'il n'agit pas de bonne foi ou agit de manière manifestement négligente.

Article 14. Demande

Toute demande de paiement en vertu de la lettre de garantie est faite sous une forme visée au paragaphe 1 de l'article 7 et conformément aux termes et conditions de la lettre de garantie. En particulier, toute attestation ou tout autre document requis par la lettre de garantie sont présentés, durant la période d'effet de la lettre de garantie, *au garant ou* à l'émetteur au lieu où la lettre de garantie a été émise, à moins qu'une autre personne ou un autre lieu n'aient été spécifiés dans la lettre de garantie. Si aucune déclaration ou aucun document n'est requis, le bénéficiaire, lorsqu'il demande le paiement, est réputé certifier implicitement que *la demande n'est pas de mauvaise foi ni incorrecte de toute autre manière.*

[Article 15. Avis de demande

Sans retarder l'exécution des obligations qui lui incombent en vertu des articles 16 et 17, *le garant ou* l'émetteur, dès réception de la demande, en avise promptement le donneur d'ordre ou, le cas échéant, sa partie ordonnatrice, sauf convention contraire *du garant ou* de l'émetteur et du donneur d'ordre. Un défaut de notification ne prive pas le *garant ou* l'émetteur de son droit à remboursement, mais habilite le donneur d'ordre à recouvrer auprès *du garant ou* de l'émetteur des dommages-intérêts pour tout préjudice subi du fait de ce défaut de notification.]

Article 16. Examen de la demande et des documents joints

1. *Le garant ou* l'émetteur examine [*la demande et*] les documents [*joints*] conformément à la norme de conduite mentionnée au paragraphe 1 de l'article 13. Lorsqu'il détermine si les documents sont conformes en apparence aux termes et conditions de la lettre de garantie *et sont cohérents entre eux, le garant ou* l'émetteur *tient dûment compte de* la norme applicable de la pratique internationale en matière de garantie ou de lettre de crédit stand-by.

2. Sauf disposition contraire de la lettre de garantie, *le garant ou* l'émetteur dispose d'un délai raisonnable, mais d'un maximum de sept jours, pour examiner la demande et les documents joints et pour décider de payer ou non.

Article 17. Paiement ou rejet de la demande

1. *Sous réserve des dispositions du paragraphe 2 du présent article, le garant ou* l'émetteur effectue le paiement en cas de demande conforme aux dispositions de l'article 14. *Tout paiement comme suite à une demande qui n'est pas conforme aux dispositions de l'article 14 n'a pas d'incidence sur les droits et obligations du donneur d'ordre.*

[1 bis) *Le paiement est effectué promptement, à moins que la lettre de garantie ne stipule un paiement différé, auquel cas le bénéficiaire reconnaît promptement la conformité de la demande, puis effectue le paiement au moment spécifié.]*

[1 ter) *Le garant ou l'émetteur ne peut invoquer, pour ne pas se conformer aux dispositions du paragraphe 1, l'insolvabilité du donneur d'ordre, ou toute autre circonstance pouvant avoir des incidences sur la capacité ou l'obligation du donneur d'ordre de rembourser ou de dédommager de toute autre manière le garant ou l'émetteur.]*

2. *Le garant ou* l'émetteur n'effectue pas le paiement *s'il apparaît des faits rendant la demande manifestement et clairement incorrecte en vertu de l'article 19.*

3. Si *le garant ou* l'émetteur *rejette* la demande [pour tout motif visé aux paragraphes 1 et 2 du présent article], il en donne promptement avis au bénéficiaire par télétransmission ou, si cela est impossible, par tout autre moyen rapide. Sauf disposition contraire de la lettre de garantie, l'avis de rejet est motivé.

[4. *Variante A :* Si *le garant ou* l'émetteur ne se conforme pas aux dispositions du paragraphe 2 de l'article 16 ou du paragraphe 3 du présent article, il est déchu de son droit à invoquer tout élément non conforme des documents qui n'a pas été découvert ou qui n'a pas été notifié au bénéficiaire conformément auxdites dispositions.

Variante B : Le garant ou l'émetteur ne peut invoquer tout élément non conforme des documents qui n'a pas été découvert dans le délai visé au paragraphe 2 de l'article 16 ou qui n'a pas été notifié au bénéficiaire conformément aux dispositions du paragraphe 3 du présent article; si le garant ou l'émetteur ne se conforme pas de toute autre manière auxdites dispositions, le bénéficiaire peut recouvrer auprès du garant ou de l'émetteur des dommages-intérêts au titre du préjudice subi du fait de cette défaillance.

Variante C : Lorsque le garant ou l'émetteur n'a pas découvert ou notifié un élément non conforme des documents en application du paragraphe 2 de l'article 16 et du paragraphe 3 du présent article et si la mise en œuvre desdites dispositions aurait permis au bénéficiaire de présenter une demande conforme avant l'expiration de la lettre de garantie, le garant ou l'émetteur paie le montant de la lettre de garantie, assorti d'intérêts moratoires, lorsqu'une demande conforme est présentée au plus tard [cinq jours] [promptement] après notification dudit élément non conforme.

Variante D : Si le garant ou l'émetteur ne se conforme pas aux paragraphes 1 et 1 bis *du présent article, ou ne découvre pas ou ne notifie pas tout élément non conforme des documents en application du paragraphe 2 de l'article 16 et du paragraphe 3 du présent article, il est responsable envers le bénéficiaire du préjudice subi en conséquence directe de cette défaillance.*]

C. Rapport du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux sur les travaux de sa vingt et unième session (New York, 14-25 février 1994)

(A/CN.9/391) [Original : anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
INTRODUCTION		1-1
I. DÉLIBÉRATIONS ET DÉCISIONS		12-13
II. EXAMEN DES ARTICLES D'UN PROJET DE CONVENTION SUR LES GARANTIES INDÉPENDANTES ET LES LETTRES DE CRÉDIT STAND-BY		14-129
CHAPITRE PREMIER. CHAMP D'APPLICATION		14-38
Article 2.	Lettre de garantie *(suite)*	14-21
Article 3.	Indépendance de l'engagement	22-33
Article 4.	Internationalité de la lettre de garantie	34-38
CHAPITRE II. INTERPRÉTATION		39-58
Article 5.	Principes d'interprétation	39
Article 6.	Règles d'interprétation et définitions	40-58
CHAPITRE III. EFFETS DE LA LETTRE DE GARANTIE		59-100
Article 7.	Établissement de la lettre de garantie	60-63
Article 8.	Modification	64-71
Article 9.	Transfert du droit du bénéficiaire de demander paiement	72-74
Article 9 *bis*.	Cession du produit	75
Article 10.	Moment où la lettre de garantie cesse d'exercer ses effets	76-89
Article 11.	Expiration	90-100
CHAPITRE IV. DROITS, OBLIGATIONS ET MOYENS DE RECOURS		101-129
Article 12.	Détermination des droits et obligations	101-104
Article 13.	Responsabilité du garant ou de l'émetteur	105-111
Article 14.	Demande	112-117
Article 15.	Avis de demande	118-119
Article 16.	Examen de la demande et des documents joints	120-122
Article 17.	Paiement ou rejet de la demande	123-129
III. TRAVAUX FUTURS		130-131

INTRODUCTION

1. Conformément à une décision prise par la Commission a sa vingt et unième session[1], le Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux a commencé ses travaux sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by en s'attachant, à sa douzième session, à examiner le projet de Règles uniformes en matière de garanties établi par la Chambre de commerce internationale (CCI) et à déterminer s'il était souhaitable et possible de parvenir à une plus grande uniformité de la législation relative aux garanties et aux lettres de crédit stand-by (A/CN.9/316). Le Groupe de travail a recommandé que l'on commence à élaborer une loi uniforme, que ce soit sous la forme d'une loi type ou d'une convention. A sa vingt-deuxième session, la Commission a accepté la recommandation du Groupe de travail tendant à ce que l'on commence à élaborer une loi uniforme et a chargé le Groupe de travail de cette tâche[2].

2. A sa treizième session (A/CN.9/330), le Groupe de travail a commencé ses travaux en examinant les questions qui pourraient être traitées dans une loi uniforme, telles qu'elles étaient présentées dans une note du Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.65). Ces questions touchaient le champ d'application de la loi uniforme quant au fond, l'autonomie des parties et ses limites et les règles d'interprétation possibles. Le Groupe de travail s'est aussi engagé dans un échange de vues préliminaire sur les questions touchant la forme de la lettre de garantie ou de la lettre de crédit stand-by et le moment de leur établissement.

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-troisième session, Supplément n° 17* (A/43/17), par. 22.

[2] *Ibid., quarante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/44/17), par. 244.

3. A sa quatorzième session (A/CN.9/342), le Groupe de travail a examiné les projets d'articles premier à 7 de la loi uniforme établis par le Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.67). Il a également examiné les questions présentées dans une note du Secrétariat sur les points ci-après : modification, transfert, expiration et obligations du garant (A/CN.9/WG.II/WP.68).

4. A sa quinzième session (A/CN.9/345), le Groupe de travail a examiné certaines questions relatives aux obligations du garant. Ces questions étaient présentées dans la note du Secrétariat sur les points ci-après : modification, transfert, expiration et obligations du garant (A/CN.9/WG.II/WP.68). Le Groupe de travail est ensuite passé à l'examen des questions traitées dans la note du Secrétariat concernant la fraude et autres motifs de non-paiement et les mesures conservatoires et autres mesures judiciaires (A/CN.9/WG.II/WP.70). Il a également examiné les questions traitées dans la note du Secrétariat relative au conflit de lois et à la juridiction compétente (A/CN.9/WG.II/WP.71).

5. A sa seizième session (A/CN.9/358), le Groupe de travail a examiné les projets d'articles premier à 13 et, à sa dix-septième session (A/CN.9/361), les projets d'articles 14 à 27 de la loi uniforme établis par le Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.73 et Add.1). A ses dix-huitième, dix-neuvième et vingtième sessions (A/CN.9/372, 374 et 388), le Groupe de travail a examiné une nouvelle version révisée des projets d'articles (figurant dans les documents A/CN.9/WG.II/WP.76 et Add.1 et A/CN.9/WG.II/WP.80) qui, en vertu d'une décision provisoire prise à sa seizième session, devaient être présentés sous la forme d'un projet de convention (A/CN.9/361, par. 147).

6. Le Groupe de travail, qui est composé de tous les États membres de la Commission, a tenu sa vingt et unième session à New York du 14 au 25 février 1994. Y ont assisté les représentants des États suivants : Allemagne, Arabie saoudite, Argentine, Autriche, Bulgarie, Canada, Chine, Égypte, Équateur, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Inde, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Maroc, Nigéria, Pologne, République-Unie de Tanzanie, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Thaïlande et Togo.

7. Ont également assisté à la session des observateurs des États suivants : Algérie, Australie, Bahreïn, Chypre, Finlande, Hongrie, Jordanie, Mongolie, Philippines, République populaire démocratique de Corée, République tchèque, Suède, Suisse, Turquie et Ukraine.

8. Ont en outre assisté à la session des observateurs des organisations internationales ci-après : Fédération bancaire de la Communauté européenne et Chambre de commerce internationale (CCI).

9. Le Groupe de travail a élu le bureau suivant :

Président : M. J. Gauthier (Canada)

Rapporteur : M. V. Tuvayanond (Thaïlande)

10. Le Groupe de travail était saisi des documents ci-après : ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.II/WP.81) et note du Secrétariat contenant une nouvelle version révisée des projets d'articles premier à 17 (A/CN.9/WG.II/WP.80) établis par le Secrétariat après la dix-neuvième session.

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

1. Élection du bureau.
2. Adoption de l'ordre du jour.
3. Élaboration d'un projet de convention sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by.
4. Questions diverses.
5. Adoption du rapport.

I. DÉLIBÉRATIONS ET DÉCISIONS

12. Le Groupe de travail a examiné les projets d'articles 2-2 à 17-2 qui figurent dans le document A/CN.9/WG.II/WP.80.

13. Les délibérations et conclusions du Groupe de travail relatives aux projets d'articles 2-2 à 17-2 sont présentées ci-après au chapitre II. Le Secrétariat a été prié d'établir, sur la base de ces conclusions, une version révisée des articles 2-2 à 17-2, ainsi que les autres articles du projet de convention, compte tenu des décisions et conclusions du Groupe de travail.

II. EXAMEN DES ARTICLES D'UN PROJET DE CONVENTION SUR LES GARANTIES INDÉPENDANTES ET LES LETTRES DE CRÉDIT STAND-BY

Chapitre premier. Champ d'application

Article 2. Lettre de garantie (suite)

Observation d'ordre général

14. A l'occasion de l'examen de l'article 2, le Groupe de travail a réaffirmé la décision qu'il avait prise à sa précédente session, à savoir qu'au lieu de proposer une nouvelle dénomination telle que "lettre de garantie" pour tenter de décrire la pratique aussi bien en matière de garantie bancaire qu'en matière de lettre de crédit stand-by, le projet de convention devrait retenir un terme neutre, par exemple "engagement" pour désigner les deux types d'instrument visés par le projet de convention (A/CN.9/388, par. 97). Le Secrétariat a été prié de refléter cette décision dans le projet suivant.

Paragraphe 2

15. Le Groupe de travail, rappelant qu'il avait examiné la question à sa dix-huitième session (A/CN.9/372, par. 54 et 55), a approuvé le paragraphe 2 quant au fond.

Paragraphe 3

16. On a exprimé l'avis que certaines des formes de paiement énumérées aux alinéas *a* à *d* n'étaient pas d'un usage courant, du moins en matière de garantie bancaire. On a fait

valoir que le paragraphe 3 devrait être circonscrit à la déclaration de principe générale énoncée dans son introduction selon laquelle le paiement pourrait être effectué dans l'une quelconque des formes stipulées dans l'engagement. Il a par ailleurs été proposé de supprimer les alinéas *a*, *b*, *c* et *d*, ou certains d'entre eux.

17. On s'est accordé à dire que s'il pourrait être superflu d'énumérer les formes de paiement possibles s'agissant des garanties bancaires, on gagnerait sans doute à délimiter convenablement le champ d'application du projet de convention en ce qui concerne les lettres de crédit stand-by. A l'issue d'un débat, le Groupe de travail a jugé le paragraphe 3 généralement acceptable quant au fond. Il a été suggéré d'ajouter, après l'expression "lettre de change", le terme "traite" entre crochets, par souci de concordance avec la terminologie utilisée dans les Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires adoptées par la Chambre de commerce internationale ("RUU 500").

Paragraphe 4

18. Le Groupe de travail a réaffirmé la décision qu'il avait prise à sa dix-huitième session (A/CN.9/372, par. 42 et 43) selon laquelle le projet de convention devrait tenir compte de la pratique qui voulait qu'un engagement puisse valablement stipuler que le garant ou l'émetteur lui-même soit le bénéficiaire lorsqu'il agit en tant que fiduciaire ou représentant en faveur d'une autre personne.

19. On a posé la question de savoir si le projet de convention envisageait de manière satisfaisante les cas où l'engagement stipulait que le bénéficiaire était une "succursale" de l'émetteur. On est convenu dans l'ensemble que le projet de convention s'appliquerait d'office à ce type d'engagement dans les cas où la "succursale" serait, en tant qu'entité juridique, distincte de l'émetteur.

20. Diverses opinions ont été exprimées au sujet des cas où une "succursale" émettait un engagement de garantie en faveur d'une succursale appartenant à la même entité juridique, pratique qui existerait en matière tant de garantie bancaire que de lettre de crédit stand-by. On a exprimé l'avis que le texte du paragraphe 4 devait être reformulé de manière à préciser que le projet de convention s'appliquait à ces engagements. A cet effet, il a été proposé d'insérer dans le projet de convention une disposition sur le modèle du paragraphe 3 de l'article premier de la loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux et de l'article 2 des RUU 500 stipulant qu'aux fins du projet de convention les succursales et bureaux distincts d'une banque situés dans différents États constituent des banques distinctes. On a fait valoir à l'opposé que de tels engagements ne devraient pas relever du projet de convention, dans la mesure où on voyait difficilement comment celui-ci s'appliquerait en cas de différend entre deux succursales appartenant à la même entité juridique. On a fait observer que s'il surgissait un tel différend, celui-ci serait selon toute vraisemblance réglé par la voie de procédures externes qui n'entraient pas dans le champ d'application du projet de convention. On s'est accordé à dire que le projet de convention ne devrait pas chercher à régir des situations concernant des questions relevant du droit des entreprises. Toutefois, on est également convenu qu'il ne s'agissait ni d'interdire une telle pratique ni d'invalider un engagement dont l'émetteur et le bénéficiaire étaient des succursales de la même entité juridique. On est par ailleurs convenu qu'il devrait être loisible aux parties de placer ces situations sous l'empire du projet de convention en le stipulant expressément dans l'engagement.

21. A l'issue d'un débat, le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'établir un nouveau projet d'article 2 en tenant compte des décisions sus-évoquées.

Article 3. Indépendance de l'engagement

22. Avant d'entamer l'examen de l'article 3 quant au fond, le Groupe de travail a déclaré préférer l'expression "l'obligation du garant ou de l'émetteur" à l'expression "l'exécution de l'obligation du garant ou de l'émetteur". Une proposition tendant à faire référence outre à l'existence ou à la validité de l'opération sous-jacente, aux "effets juridiques" ou au "type" de l'opération n'a recueilli aucun appui. Le Groupe de travail a également pris note de ce que l'un de ses membres se souciait du fait que la version actuelle de l'article 3 ne stipulait plus que les contre-garanties émises en vertu du projet de convention étaient indépendantes de la garantie sous-jacente à laquelle elles se rapportaient, idée que l'on gagnerait à stipuler expressément, ainsi qu'on l'avait fait au paragraphe 3 de la précédente version de l'article 3 (A/CN.9/WG.II/WP.76).

23. S'agissant de l'article 3 quant au fond, on s'est accordé à penser que cette disposition n'énonçait pas assez clairement la règle qu'elle voulait poser concernant l'effet et le sort des conditions non documentaires stipulées dans l'engagement. En particulier, le membre de phrase "même si cela est énoncé en tant que condition de paiement dans la lettre de garantie" enserré par des crochets était douteux. On a relevé que l'article 3 était censé traduire la décision prise à la dix-huitième session d'exclure les engagements assortis de conditions non documentaires du champ d'application du projet de convention, en liant la définition de l'indépendance au caractère documentaire de l'engagement. Une autre possibilité aurait été de placer ces engagements sous l'empire du projet de convention en prévoyant une règle dite de "*safe-haven*" en vertu de laquelle les engagements libellés dans une forme prescrite pourraient être réputés indépendants, qu'ils soient assortis ou non de conditions non documentaires. Cette possibilité impliquait une règle de "conversion" prévoyant la transformation des conditions non documentaires en conditions documentaires (art. 3, par. 1 *b* et 2 du document A/CN.9/WG.II/WP.76).

24. Le Groupe de travail a déclaré qu'il envisageait sérieusement de modifier la décision sus-évoquée telle qu'elle était reflétée dans le libellé actuel de l'article 3. Parmi les raisons invoquées pour justifier d'examiner plus avant cette décision touchant l'article 3, il fallait retenir le fait que l'on s'était rendu compte que la règle stricte énoncée à cet article exclurait du champ d'application du projet de convention un grand nombre d'engagements, du type aussi bien des garanties bancaires que des lettres de crédit stand-by, auxquels les parties avaient entendu donner un caractère indépendant en dépit de la présence de conditions non documentaires. On a exprimé la crainte que l'exclusion d'un grand nombre d'engagements ne contribue à la multiplication des régimes juridiques et à un surcroît d'incertitude au lieu de favoriser

l'unification. A ce sujet, le Groupe de travail a réfléchi à diverses variantes qui permettent plus ou moins au projet de convention de prendre en considération les conditions non documentaires.

25. On est largement convenu que l'on pourrait, dans une variante assez minimaliste, modifier l'article 3 de manière à prendre en considération les conditions qui, bien qu'ayant un caractère non documentaire, pourraient être vérifiées dans les limites du champ opérationnel du garant ou de l'émetteur (variante A, par. 28 ci-après). Un exemple donné à ce propos était la garantie d'avance de paiement dans le cadre de laquelle la réception de l'avance de paiement par le garant, en tant que condition d'effectivité de la garantie, pouvait être vérifiée par le garant en examinant ses propres dossiers bancaires. On a fait valoir que ces "conditions d'effectivité" présentaient un intérêt pour le débat actuel et qu'elles pouvaient être distinguées des "conditions d'émission"; par exemple le fait pour un vendeur de demander l'émission d'une lettre de crédit comme condition de l'émission d'une garantie d'exécution.

26. Plusieurs variantes ont été examinées s'agissant de l'autre catégorie de conditions non documentaires, à savoir celles qui n'entraient pas dans les limites du champ opérationnel du garant ou de l'émetteur. Un certain nombre d'intervenants ont proposé de rétablir les règles dites de *"safe-haven"* et de conversion prévues dans le projet initial (et décrites plus haut, par. 23). Si l'on s'est exprimé en faveur d'une telle démarche, celle-ci a néanmoins suscité des objections fondées sur la crainte qu'elle ne remette en cause l'autonomie des parties en plaçant sous l'empire du projet de convention des engagements auxquels on n'a pas entendu donner un caractère indépendant. On a exprimé les mêmes craintes vis-à-vis de l'idée de recourir à une formule analogue à celle retenue par l'article 13 *c* des RUU 500, qui ménageait la possibilité d'écarter les conditions non documentaires. Un certain nombre de membres ont fait des propositions visant à introduire davantage de souplesse dans la détermination du type de conditions non documentaires qui ne remettraient pas en cause l'indépendance et qui consistaient notamment à évaluer le libellé de l'engagement dans son intégralité afin d'en déterminer l'indépendance; à déterminer si les conditions pourraient être vérifiées "facilement" ou "sans incertitude"; ou encore si la condition ne se rapportait à l'opération sous-jacente.

27. Il a été proposé deux autres variantes fondées en partie sur la proposition tendant à ce qu'il soit fait référence à des règles d'usage uniformes pour définir l'indépendance aux fins du champ d'application du projet de convention. En vertu de la première formule (variante B, par. 28), un engagement ne verrait pas son indépendance remise en cause par la présence d'une condition non documentaire si la condition entre dans les limites du champ opérationnel du garant ou de l'émetteur ou si l'engagement est subordonné à des règles d'usage ménageant la possibilité d'écarter la condition ou de la convertir en condition documentaire. On a relevé qu'en vertu de cette formule, les garanties bancaires assorties de conditions non documentaires seraient exclues du champ d'application du projet de convention, dans la mesure où les règles uniformes en question (RUGD) ne prévoyaient aucune règle permettant d'écarter les conditions non documentaires. La seconde formule, plus générale (variante C, par. 28), qui engloberait les garanties bancaires assorties de conditions non documentaires, prévoirait une règle opérationnelle applicable à tout engagement non subordonné à des règles d'usage qui prévoirait une solution à la question des conditions non documentaires. En pareil cas, le garant ou l'émetteur ne seraient pas tenus de payer à moins d'être saisi d'un commencement de preuve donnant à penser que la condition non documentaire avait été satisfaite. On a fait observer qu'une telle formule refléterait la pratique suivie par la plupart des garants en pareils cas. On a cependant craint qu'il ne soit pas approprié de s'appuyer sur les règles de l'usage pour déterminer le champ d'application d'une convention.

28. Ayant ainsi passé en revue les diverses variantes susmentionnées qui sont reproduites ci-après, le Groupe de travail a ensuite entrepris de déterminer à laquelle d'entre elles il donnerait sa préférence.

Variante A : Aux fins de la présente Convention, un engagement est autonome lorsque l'obligation du garant ou de l'émetteur envers le bénéficiaire n'est pas subordonnée à l'existence ou à la validité d'une opération sous-jacente, [ni à un autre engagement quelconque,] ni à une clause ou condition quelconque ne figurant pas dans l'engagement, ni à un acte ou événement futur incertain autre que la présentation des documents stipulés ou un autre acte ou événement [dont la survenance se situe] dans les limites du champ opérationnel du garant ou de l'émetteur. [Une contre-garantie est distincte également de la garantie à laquelle elle se rapporte] [La présente règle s'applique aux contre-garanties également en ce qui concerne les garanties auxquelles elles se rapportent].

Variante B : 1) Aux fins de la présente Convention, un engagement est autonome lorsque l'obligation du garant ou de l'émetteur envers le bénéficiaire n'est pas subordonnée à l'existence ou à la validité d'une opération sous-jacente ni à une clause ou condition quelconque ne figurant pas dans l'engagement.

2) Un engagement qui prévoit que l'obligation du garant ou de l'émetteur envers le bénéficiaire est subordonnée à un acte ou événement futur incertain autre que la présentation des documents stipulés n'est autonome que si :

a) La survenance dudit acte ou événement [se situe] [peut être vérifiée] dans les limites du champ opérationnel du garant ou de l'émetteur, ou

b) Cette condition doit, en vertu des [règles uniformes] [usages] applicables ou pour toute autre raison, être écartée ou convertie en condition documentaire.

Variante C : 1) Aux fins de la présente Convention, un engagement est autonome lorsque l'obligation du garant ou de l'émetteur envers le bénéficiaire n'est pas subordonnée à l'existence ou à la validité d'une opération sous-jacente ni à une clause ou condition quelconque ne figurant pas dans l'engagement.

2) Lorsqu'un engagement [autonome] subordonne l'obligation du garant ou de l'émetteur à un acte ou événement futur incertain et que cette condition ne doit être ni écartée ni convertie en condition documentaire [en vertu des règles uniformes applicables ou pour toute autre raison], le garant ou l'émetteur n'est pas tenu de payer à moins [qu'il ne soit convaincu] [que ne lui soient soumis des éléments don-

nant sérieusement à penser] que l'acte ou l'événement s'est produit.

29. Le Groupe de travail a commencé l'examen des trois variantes susmentionnées en cherchant à déterminer laquelle il conviendrait de retenir. On s'est largement déclaré favorable à la variante A en raison de sa simplicité en ce qu'elle permettait mieux de voir comment l'article jouerait, et en partie en raison de l'incertitude qui entourait le libellé et l'effet de la variante C, l'autre variante qui suscitait un intérêt notable. On a par ailleurs fait valoir, et le Groupe de travail y a largement souscrit, que la variante A pouvait être interprétée comme autorisant l'application du projet de convention lorsque les conditions non documentaires étaient "écartées" par la règle de dérogation énoncée à l'article 13 *c* des RUU 500, hypothèse expressément envisagée dans la variante B. On a exprimé l'opinion que, de ce fait, la variante B serait préférable, encore que d'aucuns aient craint, ainsi qu'on l'a fait remarquer plus haut, qu'il soit impropre de s'appuyer sur des règles de l'usage pour faire appliquer la convention.

30. L'intérêt porté à la variante C tenait à ce qu'elle aurait pour effet d'élargir le champ d'application de la convention à une part supplémentaire non négligeable du commerce, en particulier les garanties bancaires qui, tout en se voulant indépendantes, contenaient des conditions non documentaires qui n'entraient pas dans les limites du champ opérationnel du garant. On a relevé que le libellé se voulait assez large pour englober la notion de limites de champ opérationnel. La variante C a toutefois suscité des doutes, en particulier parce que d'aucuns estimaient que son paragraphe 1 ferait tomber sous le coup du projet de convention une série d'engagements indépendants non visés par celui-ci, par exemple les engagements d'assurance et les lettres de change. On a fait observer en réponse que le paragraphe 1 visait simplement à définir l'indépendance de l'engagement et que la gamme des engagements visés par le projet de convention était circonscrite par les articles premier et 2. On a également rappelé au Groupe de travail que le libellé utilisé au paragraphe 1 pour écarter les garanties secondaires, en particulier les mots "n'est pas subordonnée à l'existence ou à la validité d'une opération sous-jacente", était identique à celui utilisé dans la variante A à cette même fin, et que les engagements secondaires seraient dès lors exclus.

31. Le Groupe de travail a fait observer que loin de chercher à faire du paragraphe 2 de la variante C une disposition relative au champ d'application, il l'examinait parce que, en tant que règle opérationnelle applicable aux conditions non documentaires, il lui serait utile au moment où il aurait à se prononcer sur le champ d'application du projet de convention. La règle opérationnelle énoncée au paragraphe 2 a suscité des doutes en raison de l'incertitude entourant son effet et de la volonté de préserver l'autonomie des parties. Une proposition tendant à remplacer la procédure prescrivant la présentation d'éléments de commencement de preuve par une déclaration du bénéficiaire concernant la survenance de la condition, procédure reflétant la jurisprudence de certains systèmes de droit, n'a pas réussi à dissiper ces doutes.

32. Entre autres modifications d'ordre rédactionnel visant à préciser la variante C, il a été suggéré de tenir compte du fait qu'une condition pourrait être subordonnée à la *non-survenance* d'un événement futur incertain; de parler "d'éléments de preuve immédiatement disponibles" plutôt que d'"éléments donnant sérieusement à penser"; et de faire référence à des actes ou événements futurs incertains "essentiels".

33. A l'issue d'un débat, le Groupe de travail, suivant en cela l'opinion dominante, a décidé de retenir la variante A. On a toutefois fait observer que la question serait vraisemblablement examinée plus avant. Quant à la formulation précise de la variante A, le Groupe de travail a décidé de maintenir les mots "ni à un autre engagement quelconque" pour marquer l'indépendance d'une contre-garantie vis-à-vis de l'autre garantie à laquelle elle se rapportait. On a jugé cette formulation préférable à l'une ou l'autre des deux figurant entre crochets à la fin de la variante A, qui ont dès lors été supprimées. Il a également été décidé de supprimer les mots "dont la survenance se situe". A titre de modifications d'ordre rédactionnel, il a notamment été proposé de supprimer la référence aux limites du champ opérationnel du garant ou de l'émetteur; d'introduire un terme "essentiel" et d'éviter d'utiliser l'expression "acte ou événement incertain" en parlant de champ d'application; et de s'inspirer de la présentation de la variante B en utilisant les paragraphes 1 et 2 *a*, dont le contenu rejoignait celui de la variante A. Seule cette dernière proposition a été acceptée par le Groupe de travail.

Article 4. Internationalité de la lettre de garantie

34. Le Groupe de travail, rappelant la décision qu'il avait prise à sa dix-huitième session (A/CN.9/372, par. 70), a estimé que le critère objectif énoncé à l'article 4 pour déterminer l'internationalité d'un engagement était généralement acceptable. On a posé la question de savoir si, d'après le libellé actuel, il restait loisible aux parties de satisfaire à l'obligation d'internationalité par le simple fait d'indiquer que l'engagement était international à la faveur de ce que l'on appelait une "clause d'option". En réponse, on a rappelé qu'à sa dix-huitième session, le Groupe de travail avait décidé qu'il conviendrait d'insérer à l'article premier du projet de convention une clause assez simple d'option directe au lieu d'élargir de manière quelque peu artificielle le critère d'internationalité (A/CN.9/372, par. 71 et 72).

35. On a fait valoir qu'une partie résidant dans un État contractant ne devrait pas être autorisée à imposer l'application du projet de convention à une partie se trouvant dans un État non contractant. On a estimé que le projet de convention devrait préciser que les "États différents" mentionnés à l'article 4 devaient être tous des États contractants. En réponse, on a rappelé que le Groupe de travail avait examiné la question à sa session précédente à l'occasion de l'examen du projet d'article premier. Il avait été alors décidé que le projet de convention s'appliquerait aux engagements émis dans un État contractant et lorsque les règles du droit international privé entraînaient l'application de la loi d'un État contractant (A/CN.9/388, par. 98 à 100).

36. Quant au libellé de l'article 4, on a relevé que le mot "lieu" avait été substitué au terme "établissement" par suite d'une décision prise par le Groupe de travail à sa dix-huitième session (A/CN.9/372, par. 76). Toutefois, l'on s'est accordé à dire que la simple référence au "lieu" d'une partie donnée ne suffisait pas et qu'il fallait plutôt recourir à la notion d'"établissement". En conséquence, le Groupe de tra-

vail a décidé de reformuler l'article 4 dans le sens des dispositions du paragraphe 2 *a* et *b* du projet d'article 4 examiné par le Groupe de travail à sa dix-huitième session (A/CN.9/372, par. 67). Cela permettrait de préciser que lorsque l'engagement mentionnait plus d'un établissement, l'établissement pertinent était celui qui entretenait le lien le plus étroit avec l'engagement et que lorsque l'engagement ne spécifiait pas d'établissement pour une partie donnée mais précisait sa résidence habituelle, cette résidence devait servir à déterminer le caractère international de l'engagement. Quant au terme "personne" mis entre crochets, on est convenu de le maintenir.

37. Quant à savoir si la référence à l'établissement du notificateur pouvait servir de critère pour déterminer le caractère international de l'engagement, on s'est accordé à dire que si un notificateur pouvait accomplir des fonctions importantes, il agissait généralement en tant qu'agent et que l'exécution de ses fonctions ne pouvait pas être considérée comme une caractéristique de la relation en matière de lettre de crédit stand-by ou de garantie. C'est ainsi qu'il a été décidé de supprimer la référence à l'établissement du notificateur.

38. A l'issue d'un débat, le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'établir un nouveau projet d'article 4 en tenant compte des décisions susmentionnées.

Chapitre II. Interprétation

Article 5. Principes d'interprétation

39. Le Groupe de travail a jugé l'article 5 acceptable dans l'ensemble quant au fond.

Article 6. Règles d'interprétation et définitions

40. On a exprimé l'avis qu'il fallait supprimer la référence aux règles d'interprétation dans l'intitulé. Le Groupe de travail a pris note de cette observation et décidé qu'il serait mieux à même de se prononcer sur le libellé précis de l'intitulé lorsqu'une nouvelle version de l'article 6 aurait été élaborée.

Alinéa a *("lettre de garantie")*

41. On a rappelé qu'à sa vingtième session le Groupe de travail avait décidé de remplacer dans l'ensemble du texte de la convention l'expression "lettre de garantie" par le terme "engagement" (A/CN.9/388, par. 97). On a par ailleurs fait observer que l'application de cette décision dans la prochaine révision pourrait avoir des incidences non seulement sur l'alinéa *a*, mais également sur certaines autres dispositions de l'article 6, ainsi que d'autres dispositions du projet de convention, par exemple le paragraphe 1 de l'article 2 où il fallait éviter de donner à penser que tous les engagements étaient indépendants.

42. Le Groupe de travail a réexaminé brièvement la décision qu'il avait prise d'utiliser le terme "engagement", la question ayant été posée de savoir si le terme avait une portée trop vaste. Certains membres continuaient de préférer l'expression "lettre de garantie" au motif que si elle était peu connue, elle était plus précise et finirait par être acceptée par la pratique. Toutefois, le Groupe de travail a une fois de plus donné la préférence au terme "engagement", rappelant les craintes que l'expression "lettre de garantie" avait suscitées précédemment, en particulier celle que celle-ci soit inconnue de la pratique et qu'elle n'entrave involontairement l'utilisation de termes similaires dans la pratique pour définir les garanties secondaires.

43. D'aucuns ont manifesté de l'intérêt pour l'idée de définir le terme "engagement", encore que le Groupe de travail ait estimé dans l'ensemble qu'une description convenable en était donnée aux articles premier et 2. Une proposition d'ordre rédactionnel similaire tendait à insérer une définition de la "lettre de crédit stand-by", notamment à l'intention du législateur dans les systèmes juridiques où ces instruments n'étaient pas largement connus ou utilisés. On a cependant fait observer que définir la lettre de crédit stand-by obligeait à définir ou à distinguer les garanties bancaires, voire d'autres formes d'engagement, et qu'il était déja apparu que l'entreprise ne pouvait pas être conduite d'une manière satisfaisante pour tous.

Alinéa b

44. Le Groupe de travail a décidé de supprimer l'alinéa *b*, s'accordant à considérer comme allant de soi que toute référence à un engagement s'entendait de la référence à la dernière version de l'engagement.

Alinéa d *("lettre de contre-garantie")*

45. On a exprimé l'opinion que la définition donnée à l'alinéa *d* n'était pas claire et qu'il n'y aurait peut-être pas lieu de la maintenir. On a fait observer que l'on pouvait en déduire par méprise que les contre-garanties étaient toujours émises par la partie ordonnatrice de la garantie indirecte ou qu'il y aurait toujours une contre-garantie. On a fait observer que telle n'était pas l'intention recherchée. Il a été souligné que la nécessité de recourir à de tels "contre-engagements" s'agissant de lettres de crédit stand-by était minime en raison de la procédure de remboursement prévue dans les RUU 500 et de l'existence de la procédure de confirmation.

46. On a également posé des questions quant au sens de l'expression "autre garantie ou lettre de crédit", qui visait à indiquer que la lettre de contre-garantie pouvait être émise à l'appui d'une lettre de crédit commerciale ou d'un engagement d'un type non visé par le projet de convention, à savoir une garantie secondaire. Selon une opinion, cette expression créait une incertitude quant au champ d'application du projet de convention. Une autre formule serait peut-être de se borner à parler d'un "autre engagement", qui aurait cependant un champ d'application plus restreint.

47. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat de réexaminer l'alinéa *b* pour tenir compte des observations formulées dans la mesure du possible.

Alinéa e *("contre-garant")*

48. On a fait observer que l'alinéa *e* pouvait constituer une hypothèse où il ne serait pas pratique d'appliquer la décision générale d'utiliser l'expression "garant ou émetteur". On a

estimé que la notion de "garant" d'une lettre de contre-garantie prêterait à confusion et devait être évitée. Il a été suggéré que l'on pourrait en lieu et place faire référence à la partie ou à la personne qui avait émis la lettre de garantie. Il a été rappelé que la décision que le Groupe de travail avait prise au sujet de l'emploi de l'expression "garant ou émetteur" ou "garant/émetteur" s'expliquait par le fait qu'il n'existait pas de terme courant en matière de garantie ou de lettre de crédit stand-by.

Alinéa f *("confirmation")*

49. On a posé la question de savoir si la portée et l'effet de l'alinéa *f* étaient clairs s'agissant d'un certain nombre de questions susceptibles de surgir touchant la confirmation, dont celles de savoir quand, si jamais, la présentation d'une demande de paiement au confirmateur libérait l'émetteur de son engagement; si le bénéficiaire devait respecter un ordre quelconque pour exercer son droit de demander paiement soit au confirmateur ou à l'émetteur; si les différents critères possibles s'appliquaient à la confirmation des lettres de crédit stand-by par opposition aux lettres de crédit commerciales. En examinant ces questions, le Groupe de travail a fait observer que, dans la pratique, la confirmation était utilisée en matière de lettre de crédit stand-by mais assez rarement en matière de garantie.

50. Ayant examiné les observations rapportées ci-dessus, le Groupe de travail a affirmé qu'il convenait de maintenir une définition conçue sur le modèle de l'alinéa *f*, étant entendu que cette disposition visait à établir que la confirmation créait un droit supplémentaire au profit du bénéficiaire, à savoir le droit de demander le paiement aux guichets du confirmateur. On a estimé que la disposition devrait préciser qu'en vertu du projet de convention la présentation au confirmateur n'éteignait pas le droit de se prévaloir d'une demande contre l'émetteur en cas de défaillance du confirmateur. Il était entendu que la disposition ne visait pas à régler des questions qui pourraient l'être dans les clauses de l'engagement, du genre de celles évoquées plus haut, en particulier celle de savoir si la convention devait énoncer une règle concernant un ordre vérifiable quelconque à respecter pour la présentation de la demande au confirmateur ou à l'émetteur.

51. Le Groupe de travail a fait observer qu'il pourrait être amené par la suite à examiner s'il convenait ou non d'insérer dans le projet de convention une disposition sur la "confirmation silencieuse".

Alinéa g *("confirmateur")*

52. Le Groupe de travail a jugé l'alinéa *g* acceptable dans l'ensemble quant au fond.

Alinéa h *("document")*

53. On a douté de la nécessité de définir le terme "document", mais le Groupe de travail a décidé de conserver cette définition en faisant notamment valoir que cette disposition contribuait à faciliter l'utilisation de la technique d'échange de données informatisées (EDI) et d'autres techniques de communication nouvelles.

54. Le Groupe de travail a longuement réfléchi à la question de savoir s'il fallait maintenir ou non la référence à l'authentification. A cet égard, on a exprimé la crainte que la mention de l'authentification ne soulève une série de questions que la convention ne prétendait pas régler, celles-ci relevant normalement des clauses de l'engagement et de la loi applicable. Par exemple, la question pourrait se poser de savoir si le projet de convention visait ou non à régler les disparités ou incohérences entre l'authentification prescrite par les clauses de l'engagement, d'une part, et celle requise par la loi applicable, d'autre part. On a par ailleurs fait observer que la référence à l'authentification risquerait de perpétuer l'utilisation de notions dépassées par l'évolution de la technologie de la documentation. On a par ailleurs craint que toute définition prescrivant l'authentification conformément au droit applicable n'impose au vérificateur d'un document une charge débordant du cadre de la vérification de document, c'est-à-dire l'obligation de vérifier la conformité avec le droit applicable. On a estimé qu'il serait préférable d'éluder purement et simplement la question, car en la traitant de manière incomplète on risquait de créer une incertitude.

55. Tout en reconnaissant que l'alinéa *h*, loin de viser à imposer une quelconque exigence d'authentification, se bornait simplement à "lancer un avertissement" au sujet de l'authentification, le Groupe de travail a décidé, compte tenu des craintes qui avaient été exprimées, de supprimer la référence à l'authentification.

56. S'agissant de la formulation précise de l'alinéa *h*, il a été proposé d'utiliser le terme "représentation" à la place du mot "communication", mais cette proposition n'a pas été retenue.

Alinéa i *("émission")*

57. Le Groupe de travail a jugé l'alinéa *i* acceptable dans l'ensemble quant au fond.

Alinéa j *("effet")*

58. On s'est demandé s'il était nécessaire de maintenir la définition de l'"effet" de l'engagement, qui avait été insérée par suite d'une décision prise antérieurement par le Groupe de travail. On avait été amené à réexaminer la question en partie parce qu'on s'était rendu compte que le projet de convention n'utilisait plus l'expression "contraignant et produisant des effets", et en partie parce que l'on estimait que la question était convenablement réglée à l'article 10 (1 *bis*). Si d'aucuns étaient favorables au maintien de l'alinéa j en tant qu'il permettait de distinguer entre les notions d'"effet" et d'"irrévocabilité", le Groupe de travail a décidé de le supprimer.

Chapitre III. Effets de la lettre de garantie

59. Le Groupe de travail est convenu de déterminer, lorsqu'il examinerait les dispositions de fond du projet de convention, lesquelles devraient être d'application obligatoire et lesquelles ne devraient pas l'être.

Article 7. Établissement de la lettre de garantie

Paragraphe 1

60. On a exprimé l'opinion qu'il fallait considérer le paragraphe 1 comme un élément entrant dans la détermination du champ d'application du projet de convention et comme pouvant être combiné avec l'article 2 ou autrement visé au chapitre premier. On a estimé qu'il était nécessaire de procéder à une telle reformulation de manière à préciser que certains engagements (par exemple, une promesse orale) qui ne satisfaisaient pas à la condition de forme prescrite au paragraphe 1 de l'article 7 ne devaient pas être considérés comme illicites ou nuls en vertu du projet de convention mais être simplement placés hors de son champ d'application. D'aucuns se sont rangés à l'avis que le projet de convention ne visait pas à invalider les engagements de cet ordre, qui, dans certains systèmes juridiques, seraient consacrés par d'autres règles de droit applicables. Des exemples ont été donnés d'engagements oraux indépendants établis à l'occasion de rapports commerciaux ou non commerciaux entre particuliers, qui pourraient être valables d'après des règles de droit interne applicables. En réponse, il a été déclaré que le projet de convention devait viser à unifier les régimes juridiques applicables aux engagements indépendants. En plaçant les engagements strictement oraux hors de son champ d'application, le projet de convention laisserait subsister, voire créerait, une incertitude et pourrait même donner lieu à de graves conflits de lois. On a fait valoir qu'il ne fallait pas remettre en cause la vocation unificatrice du projet de convention à seule fin de consacrer l'utilisation éventuelle d'engagements purement oraux entre particuliers dans un contexte international, hypothèse jugée marginale dans la pratique. Par ailleurs, on a rappelé que la même question avait été soulevée lors de la quatorzième session du Groupe de travail à l'occasion d'une proposition tendant à écarter toute prescription de forme dans le projet de convention ou à exclure les engagements purement oraux de son champ d'application. A cette session, le Groupe de travail avait rejeté cette proposition au motif que les engagements purement oraux engendraient l'incertitude et qu'ils n'étaient pas conformes à une saine pratique bancaire (A/CN.9/342, par. 58).

61. A l'issue d'un débat, le Groupe de travail a réaffirmé que le paragraphe 1 était acceptable dans l'ensemble quant au fond.

Paragraphe 2

62. On a craint que le fait d'introduire dans le même paragraphe du projet de convention les deux notions d'effet (validité) et d'irrévocabilité ne suscite des difficultés d'interprétation. On a dit, par exemple, qu'au cas où un engagement donné serait réputé produire ses effets à une date différente de la date d'émission, le paragraphe 2 pourrait être interprété à tort comme signifiant qu'un tel engagement ne devient irrévocable qu'au moment où il produit ses effets. Il a été répondu à cela que les notions d'irrévocabilité et d'effet (validité) n'étaient pas liées. Le droit de demander paiement était subordonné à la notion d'effet, alors que l'irrévocabilité/révocabilité était un élément de l'engagement qui devait être précisé au moment de l'émission. De l'avis général, tout engagement devrait être révocable ou irrévocable à compter du moment où il était émis. Pour éviter tout doute, on a proposé de clarifier le libellé de ce paragraphe en stipulant qu'un engagement est irrévocable à moins qu'il ne soit indiqué, lors de son émission, qu'il est révocable, et que pareil engagement produit ses effets à cette date-là, à condition qu'il n'y soit pas indiqué qu'il produira ses effets à une date différente. Le secrétariat a été prié de tenir compte de ces propositions lorsqu'il élaborerait le prochain projet d'article 7.

63. On a demandé si un engagement pouvait produire ses effets au titre du projet de convention indépendamment du fait que le bénéficiaire pouvait refuser le bénéfice dudit engagement. En réponse à cette question, on a renvoyé au paragraphe 1 *a* de l'article 10 et indiqué que cette question était liée à celle, plus générale, de savoir s'il existait en fait un accord bilatéral entre le garant ou l'émetteur et le bénéficiaire, ou si l'engagement constituait essentiellement une obligation unilatérale. On a rappelé que cette question avait déja été examinée (voir A/CN.9/316, par. 120; A/CN.9/330, par. 16 et 107; A/CN.9/372, par. 115) et que le Groupe de travail avait décidé de ne pas la traiter dans le projet de convention, parce qu'elle prêtait à controverse, compte tenu des différents types d'instruments en la matière.

Article 8. Modification

Paragraphe 1

64. Des vues divergentes ont été exprimées quant à l'exigence de forme énoncée dans le paragraphe 1. Selon une opinion, qui a recueilli un certain appui, quelle que soit la forme requise, elle devait être la même pour la modification d'un engagement et pour l'établissement de ce même engagement, et la rédaction du paragraphe 1 de l'article 8 devait rejoindre celle du paragraphe 1 de l'article 7. A l'appui de cette opinion, on a rappelé qu'une des raisons pouvant justifier l'obligation d'établir l'amendement sous la forme dans laquelle l'engagement lui-même avait été établi tenait à ce que l'amendement modifiait en partie ledit engagement. Selon une vue opposée, il fallait conserver le paragraphe 1. On a rappelé que le Groupe de travail avait examiné cette question à sa seizième session et conclu qu'il serait trop restrictif dans la pratique d'exiger qu'un amendement soit établi sous la même forme que celle exigée pour l'établissement de l'engagement (A/CN.9/358, par. 89). Le Groupe de travail ayant confirmé cette position à sa dix-huitième session (A/CN.9/372, par. 119), il a été proposé de ne pas rouvrir le débat au stade actuel.

65. En ce qui concerne la différence existant entre le paragraphe 1 de l'article 7 et le paragraphe 1 de l'article 8 du point de vue des exigences de forme, on s'est demandé s'il était indiqué que le projet de convention permette d'apporter des modifications sous une forme qui ne préserve pas un enregistrement du texte de la modification (par exemple, modification apportée sous une forme exclusivement orale). On a fait observer que le texte actuel permettrait d'apporter des modifications exclusivement orales, dès lors que cette forme aurait été convenue par le garant ou l'émetteur et le bénéficiaire. Selon l'avis qui a prévalu, étant acquis qu'un tel accord se rencontrerait rarement dans la pratique, le projet de convention ne devait pas limiter l'autonomie des parties à cet égard. On a convenu, cependant, que toute exi-

gence de forme particulière envisagée par les parties pour les modifications devait être précisée dans l'engagement lui-même.

66. Sur le plan de la rédaction, on a exprimé l'opinion qu'il devait être clair, dans le cadre du paragraphe 1, que le projet de convention n'envisageait l'hypothèse de modifications qu'à titre exceptionnel. On a proposé, en conséquence, d'adopter une formulation plus restrictive et d'indiquer, en utilisant une tournure de phrase négative, qu'un engagement ne pouvait être modifié, sauf sous la forme précisée expressément dans l'engagement, ou, faute d'une telle précision, sous la forme visée au paragraphe 1 de l'article 7.

67. Après débat, le Groupe de travail a prié le Secrétariat de réviser le projet de paragraphe 1 pour tenir compte des décisions mentionnées plus haut.

Paragraphe 2

68. On a noté d'emblée que les variantes A et B prévoyaient toutes deux que, mis à part les modifications qui ne portaient que sur la prolongation de la période de validité, le consentement du bénéficiaire était requis pour qu'une modification produise ses effets, mais que les deux variantes différaient quant au moment où une modification produisait ses effets. On s'est prononcé généralement en faveur de la variante B.

69. S'agissant des mots placés entre crochets ("ou ne portant que sur la prolongation de la période de validité de la lettre de garantie"), on a estimé généralement qu'il fallait retenir un libellé de cet ordre, pareille modification résultant souvent d'une demande du bénéficiaire et étant de toute façon favorable à celui-ci, si bien qu'il n'était pas nécessaire d'exiger son consentement.

70. Du point de vue de la rédaction, on a estimé généralement que la clause liminaire ("Sauf convention contraire entre le garant ou l'émetteur et le bénéficiaire") devrait être revue afin d'établir clairement que l'accord des parties pouvait être soit incorporé dans le texte de l'engagement, soit réalisé d'une autre façon. Le Groupe de travail est convenu également qu'au cas où l'accord des parties serait incorporé dans le texte de l'engagement, la notion d'"accord" devrait être remplacée par un libellé plus neutre tel que le mot "stipulation", le projet de convention devant rester neutre quant au point de savoir si l'engagement devait être considéré comme un accord bilatéral ou comme une obligation unilatérale (voir plus haut, par. 63).

Paragraphe 3

71. Le Groupe de travail a estimé que la teneur du paragraphe 3 était généralement acceptable. Il a décidé de retenir la mention des droits et obligations d'une partie ordonnatrice.

Article 9. Transfert du droit du bénéficiaire de demander paiement

Paragraphe 1

72. Selon une opinion, la portée assignée au projet de convention aurait pour effet d'appliquer celle-ci à des instruments qui, dans certains systèmes juridiques, étaient considérés comme transférables sans qu'aucune autorisation ne doive être spécifiée dans l'engagement; en conséquence, l'application à de tels instruments de la règle énoncée au paragraphe 1 risquait de faire problème. Pour répondre à cette objection, on a indiqué que le projet de convention était conçu pour ne s'appliquer qu'aux seuls engagements mentionnés aux articles premier et 2. On a également fait observer que le projet de convention ne traitait pas du transfert par détermination de la loi ou par voie de succession (par exemple, à la suite de la mort du bénéficiaire), ce genre de question n'étant du reste traité dans aucun autre texte juridique de la CNUDCI. On a estimé également que la disposition du paragraphe 1 ne faisait pas obstacle à un accord ultérieur visant à rendre transférable un engagement non transférable, par le jeu de la procédure de modification prévue au paragraphe 2 de l'article 8.

Paragraphe 2

73. On a fait observer que le libellé actuel du paragraphe 2 tenait compte de la décision du Groupe de travail d'opter pour une règle selon laquelle un engagement transférable ne saurait être effectivement transféré que moyennant l'accord exprès du garant ou de l'émetteur. On a mis en doute l'utilité et le bien-fondé d'une telle règle en avançant qu'un engagement désigné comme transférable devait l'être purement et simplement, sans que la demande de transfert doive recueillir l'assentiment du garant ou de l'émetteur. On s'est également demandé si la solution retenue au paragraphe 2 et qui se fondait sur une règle similaire des RUU était applicable à des instruments non régis par les RUU.

74. Toutefois, selon l'opinion qui a prévalu, il convenait de retenir l'approche adoptée au paragraphe 2. On a spécialement appelé l'attention sur la complexité du transfert, à propos duquel la règle aurait l'avantage d'appeler vraisemblablement l'attention sur des questions telles que la nécessité de s'assurer que les exigences documentaires étaient cohérentes d'un bout à l'autre de la chaîne, et la nécessité de tenir dûment compte des amendements et de respecter les délais. On a estimé que la règle exigeant le consentement explicite aurait pour effet de protéger non seulement l'émetteur qui avait émis, probablement à mauvais escient, un engagement transférable sans en préciser les modalités, mais également les autres parties à la transaction et le donneur d'ordre. Le Groupe de travail a également décidé de supprimer les guillemets entourant le mot "transférable" et de supprimer le membre de phrase ", ou contient des mots d'une portée similaire,", mais de conserver les mots "ou de toute autre personne autorisée".

Article 9 bis. Cession du produit

75. On s'est demandé si la procédure décrite au paragraphe 2 ne devrait pas être laissée au droit général des cessions de créance. Selon une autre opinion, il fallait conserver cette disposition, mais modifier l'intitulé de l'article, qui se lirait "Cession d'une créance portant sur le produit". Le Groupe de travail a toutefois estimé que l'article 9 *bis* était acceptable dans son libellé actuel. La disposition visait simplement à préciser le droit du bénéficiaire de donner des instructions particulières de paiement au garant ou à l'émetteur au sujet de produits générés par la demande de paiement faite par le bénéficiaire, ainsi que l'effet libératoire de tout

paiement fait conformément à de telles instructions; cela étant, elle ne traitait en aucune façon du droit applicable aux cessions de créance, ou des créances comme telles, ou de questions comme la validité des cessions ou les droits des créanciers du bénéficiaire. Le Groupe de travail a noté qu'on s'inspirerait, pour la référence à l'autonomie des parties, du libellé convenu à cet égard pour l'article 8-2.

Article 10. Moment où la lettre de garantie cesse d'exercer ses effets

Paragraphe 1

Alinéas a *et* b

76. On a exprimé l'avis que l'alinéa *b* était superflu étant donné l'alinéa *a*, dans la mesure où la convention entre le garant et le bénéficiaire aux fins de la résiliation de l'engagement visé à l'alinéa *b* impliquerait que ce dernier renonce à ses droits, hypothèse déja envisagée à l'alinéa *a*. On a également fait observer que l'alinéa *b* venait se surajouter inutilement à l'article 8, en vertu duquel une telle convention serait également autorisée. Si d'aucuns se sont déclarés favorables à la suppression de l'alinéa *b*, l'opinion dominante a été que les alinéas *a* et *b* pourraient viser des situations quelque peu différentes puisque la décharge de responsabilité en vertu de l'engagement et la convention de résiliation de l'engagement étaient deux notions théoriquement différentes.

77. A l'issue d'un débat, le Groupe de travail a jugé les alinéas *a* et *b* acceptables dans l'ensemble quant au fond. Quant aux mots mis entre crochets à l'alinéa *b*, on s'est accordé à estimer qu'il fallait maintenir la référence à la condition de forme prescrite au paragraphe 1 de l'article 7 de manière à éviter toute convention purement orale, s'agissant de la résiliation de l'engagement.

Alinéas c *et* d

78. Des opinions divergentes ont été exprimées touchant les mots "A moins que la lettre de garantie ne prévoie un renouvellement automatique ou une augmentation automatique du montant disponible ou ne prévoie de toute autre manière qu'elle continuera d'exercer ses effets" à la fin de l'alinéa *c*. Selon une opinion, qui n'a pas rencontré l'adhésion des membres, une formule analogue devait être insérée à la fin de l'alinéa *d*. On a préconisé à l'opposé de supprimer ces mots de l'alinéa *c*. A l'appui de cette thèse, on a fait valoir que lorsque le montant disponible au titre de l'engagement aurait été payé dans sa totalité, l'engagement cesserait de produire effet. Il n'était pas nécessaire de mentionner le renouvellement automatique puisque dans un tel cas l'on devrait considérer que le montant n'avait pas encore été payé dans sa totalité. L'opinion dominante a toutefois été qu'il fallait maintenir la formule afin de satisfaire aux exigences de certains instruments à caractère renouvelable qui pourraient prévoir le renouvellement automatique soit immédiatement après le paiement ou à l'expiration d'un délai stipulé. Il a été rappelé que plusieurs propositions tendant à l'inclusion d'une mention a l'effet d'indiquer que l'engagement "n'avait pas été renouvelé ou n'était pas renouvelable" ou à envisager, par le biais de quelque autre formule précise, l'hypothèse où l'engagement cesserait d'exercer ses effets dans des cas spéciaux tels que celui des crédits renouvelables, avaient été formulées à la seizième session (A/CN.9/358, par. 129).

79. A l'issue d'un débat, le Groupe de travail a décidé de maintenir les alinéas *c* et *d*.

Paragraphe 1 bis

80. On a exprimé l'avis selon lequel le texte du paragraphe devait indiquer plus clairement que la mention "autres droits ou obligations du bénéficiaire" renvoyait aux droits ou obligations du bénéficiaire en vertu de l'engagement par opposition aux droits et obligations que celui-ci pourrait avoir en vertu de l'opération commerciale sous-jacente. A cet égard, la question a été posée de savoir ce que les droits ou obligations du bénéficiaire recouvriraient après que l'engagement a cessé d'exercer ses effets. En réponse, on a cité à titre d'exemple les droits et obligations ci-après : le droit d'intenter un procès ou d'engager une procédure d'arbitrage; le droit de demander paiement à l'émetteur de l'engagement après l'expiration de la période de validité au cas où une demande de paiement conforme présentée au confirmateur de l'engagement n'aurait pas été honorée; l'obligation éventuelle d'acquitter les frais bancaires lorsque le bénéficiaire en est convenu dans l'engagement; et, d'une manière générale, tous droits et obligations qui pourraient échoir au bénéficiaire après expiration de l'engagement.

81. A l'issue d'un débat, le Groupe de travail a jugé la teneur du paragraphe acceptable dans l'ensemble. Quant à son libellé, on est convenu qu'il fallait faire mention du moment auquel les droits et obligations "échoient" au bénéficiaire.

Paragraphe 2

82. Le Groupe de travail était saisi de deux variantes du paragraphe 2 traitant de l'incidence juridique qui pourrait découler du fait pour le bénéficiaire de conserver ou de retourner l'instrument contenant l'engagement. En vertu de la variante A, le paragraphe 1 s'appliquait, que tout document contenant l'engagement soit ou non retourné au garant ou à l'émetteur. Le fait pour le bénéficiaire de conserver un tel document ne préserverait aucun de ses droits en vertu de l'engagement à moins que les parties ne soient convenues que l'engagement continuerait d'exercer ses effets si le document le contenant n'était pas retourné. La variante B posait, quant à elle, comme règle générale, que le renvoi de l'engagement n'aurait aucun effet. Elle reconnaissait cependant que les parties pourraient convenir que le renvoi de l'instrument, soit à lui seul, soit en conjonction avec les événements visés aux alinéas *a* ou *b* du paragraphe 1, serait requis pour que la lettre de garantie cesse d'exercer ses effets. Toutefois, toute convention de ce type serait privée d'effet au-delà de la date d'expiration ou, s'il n'en était stipulé aucune, au-delà de la période fixée à l'alinéa c de l'article 11.

83. Nombre de membres du Groupe de travail ont été d'avis de retenir la variante A et de supprimer la réserve relative à l'autonomie des parties ("à moins que cette dernière ne dispose, ou que le garant ou l'émetteur et le bénéficiaire ne conviennent par ailleurs qu'elle continuera d'exercer ses effets si le document le contenant n'est pas

retourné"). On a estimé qu'une telle clause ne serait pas conforme à une saine pratique et que l'autonomie des parties n'avait aucun rôle à jouer en pareil cas. On a fait valoir à l'opposé que la réserve relative à l'autonomie des parties était nécessaire pour rendre la règle non obligatoire, et tenir ainsi dûment compte du fait que, dans la pratique, les engagements de garantie continuaient d'être assortis de clauses liant leur expiration au renvoi de l'instrument dans les pays où ce renvoi était prescrit.

84. Les membres du Groupe de travail se sont accordés à dire que la conservation du document contenant l'engagement ne devait préserver aucun droit du bénéficiaire en vertu de l'engagement lorsque le paiement intégral avait été effectué ou, en tout état de cause, au-delà de la période de validité de l'engagement telle que définie à l'article 11. Il a été décidé qu'une disposition contraignante du projet de convention devait traduire cette interprétation du Groupe de travail. On a fait valoir que le paragraphe 2 devait se borner à énoncer cette règle contraignante.

85. Le Groupe de travail a cependant engagé une discussion sur le point de savoir dans quelle mesure le renvoi de l'instrument avant que l'engagement ne cesse de produire ses effets pouvait emporter des conséquences en droit. On a fait valoir qu'en aucun cas le renvoi de l'instrument ne pouvait emporter de telles conséquences. On a proposé à nouveau de retenir le texte de la variante A, sans la disposition relative à l'autonomie des parties, et de ne prévoir aucune exception à cette règle dans le projet de convention. En ce qui concerne une proposition selon laquelle le renvoi de l'instrument au garant ou à l'émetteur aurait pour effet de libérer celui-ci de son obligation conformément au paragraphe 1 *a*, on a dit que la règle en vertu de laquelle la déclaration libérant de son obligation le garant ou l'émetteur devait être faite sous une forme visée au paragraphe 1 de l'article 7 ne saurait souffrir d'exception. A l'appui de cette opinion, on a indiqué qu'il pourrait s'avérer difficile d'établir ce qu'était une procédure constituant un équivalent fonctionnel du renvoi de l'instrument dans le cas de l'émission d'un engagement sous une forme autre que sur papier. On a dit également que le renvoi de l'instrument ne pouvait valoir comme tel libération de l'obligation, car l'instrument contenant l'engagement n'était qu'un moyen d'établir l'existence de celui-ci, qui était intangible par nature.

86. Selon l'avis qui a prévalu, cependant, les parties devaient être libres de disposer dans l'engagement ou de convenir d'une autre manière qu'un engagement stipulant une date d'expiration pouvait cesser de produire ses effets avant cette date, si le bénéficiaire libérait le garant ou l'émetteur de son obligation en renvoyant l'instrument, soit à lui seul, soit en conjonction avec l'un des faits visés à l'alinéa *a* ou à l'alinéa *b* du paragraphe 1. On a indiqué qu'au cas où on retiendrait la variante A sans admettre aucune exception, le renvoi de l'instrument contenant l'engagement ne pourrait jamais constituer un des faits visés à l'alinéa *a* ou à l'alinéa *b* du paragraphe 1. On a généralement convenu qu'une telle conséquence serait excessive, car on ne voyait pas très bien pourquoi le renvoi de l'instrument ne pouvait être admis comme un cas possible d'événement dont la survenance entraînait l'expiration de l'instrument conformément à l'article 11.

87. A l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé que le paragraphe 2 devrait laisser les parties libres de convenir que le renvoi du document contenant l'engagement au garant ou à l'émetteur, soit à lui seul, soit en conjonction avec l'un des faits visés aux alinéas *a* et *b* du paragraphe 1, était requis pour que l'engagement cesse de produire ses effets. On a également convenu qu'un tel accord n'aurait aucun effet après le paiement ou l'expiration de la période de validité de l'engagement. Le Groupe de travail a estimé que la teneur de la variante B était généralement compatible avec cette décision, même si des remaniements pouvaient être nécessaires pour améliorer la clarté.

88. Du point de vue de la rédaction, on a généralement estimé que la dernière phrase de la variante B ("une telle stipulation ou une telle convention n'exercent aucun effet au-delà de la période de validité de la lettre de garantie conformément à l'article 11") devrait être remplacée par un libellé s'inspirant de la variante A et conçu dans les termes suivants : "la conservation d'un tel document par le bénéficiaire après que l'engagement cesse de produire ses effets ne préserve aucun de ses droits en vertu de l'engagement". On a également estimé qu'il faudrait préciser dans le texte que la conservation d'un quelconque document après paiement intégral n'avait aucun effet en droit.

89. Après délibération, le Secrétariat a été prié d'établir un projet révisé de paragraphe 2 tenant compte des décisions rapportées plus haut.

Article 11. Expiration

Alinéa a

90. Le Groupe de travail a jugé dans l'ensemble acceptable la teneur de l'alinéa *a*.

Alinéa b

91. On a exprimé l'avis que puisque le Groupe de travail avait décidé de ne pas prévoir, à l'article 3, la conversion de conditions non documentaires en conditions documentaires, un tel mécanisme de conversion ne devait pas non plus être prévu à l'article 11. On a donc suggéré de supprimer le dernier membre de phrase de l'alinéa *b* ("ou, si aucun document n'est spécifié, d'une attestation du bénéficiaire certifiant que l'événement est survenu"). L'opinion qui a prévalu a, toutefois, été qu'il fallait conserver le mécanisme de conversion. Pour la majorité des membres du Groupe de travail, la disposition énoncée à l'alinéa *b* n'avait pas à être harmonisée avec l'article 3 puisque celui-ci traitait des conditions dans lesquelles le paiement pouvait être fait alors qu'elle traitait uniquement du moment de l'expiration de l'engagement.

92. On a exprimé la crainte qu'en exigeant, comme le faisait l'alinéa *b*, en cas de confirmation non documentaire d'un événement, "une attestation du bénéficiaire certifiant que l'événement est survenu", on ne fasse dépendre l'expiration du bon vouloir du bénéficiaire, ce qui reviendrait à reconnaître des engagements perpétuels dans les cas où le bénéficiaire déciderait de ne pas donner l'attestation requise. On a déclaré que si l'alinéa *b* devait aboutir à la reconnaissance d'engagements perpétuels, les lettres de crédit stand-

by devraient être exclues de son champ. On a répliqué que le risque d'engagements perpétuels ne se posait pas puisque les deux variantes de l'alinéa *c* prévoyaient une durée de validité maximale qui s'appliquerait dans les cas où la survenance de l'événement devant entraîner l'expiration n'avait pas été établie par la présentation de l'attestation requise. S'agissant des lettres de crédit stand-by, on a noté que ces instruments étaient censés être exclus du champ de la variante B de l'alinéa *c* qui traitait des cas dans lesquels l'engagement contenait une stipulation de validité indéfinie. On a également noté que ces instruments seraient, dans la plupart des cas, soumis à l'article 42 des RUU 500 aux termes duquel une date d'expiration devait être stipulée.

93. Après délibération, le Groupe de travail a jugé dans l'ensemble acceptable la teneur de l'alinéa *b*, sous réserve de la décision qui serait prise concernant l'alinéa *c*.

Alinéa c

94. Le Groupe de travail était saisi de deux variantes de l'alinéa *c* qui différaient sur la question des engagements de durée indéfinie. Les deux variantes prévoyaient une durée de validité maximale de cinq ans et mentionnaient la possibilité pour la lettre de garantie de cesser d'exercer ses effets avec la présentation d'un document attestant la survenance de tel ou tel événement spécifié. Toutefois, la variante B prévoyait une exception à la règle de la durée de validité maximale de cinq ans dans le cas des garanties sur demande contenant une stipulation de validité indéfinie. Dans la variante A, les parties pouvaient fixer une durée de validité inférieure ou supérieure à cinq ans, mais un engagement de durée indéfinie n'y était pas envisagé.

95. S'agissant de la référence à un événement entraînant l'expiration qui se retrouvait dans les deux variantes, on a fait observer que la stipulation de tels événements n'avait pas cours dans la pratique des lettres de crédit stand-by et qu'une telle référence créerait donc des incertitudes. Le Groupe de travail a toutefois jugé acceptable cet aspect de l'alinéa *c* dans la mesure où celui-ci prévoyait la présentation d'un document attestant la survenance de l'événement en question et un délai au-delà duquel l'émetteur était libéré de son engagement. L'opinion générale a aussi été que le projet de convention ne devrait pas traiter du rapport entre la durée de validité maximale de cinq ans et les règles nationales en matière de prescription libératoire. Comme dans le passé, le Groupe de travail a estimé que cette question sortait du champ du projet de convention, étant donné en particulier les différences existant d'un État à l'autre quant aux effets de la prescription et des règles auxquelles elle obéissait.

96. Des points de vue opposés ont été exprimés au sujet des deux variantes de l'alinéa *c*. A l'appui de la variante B, on a fait valoir qu'en prévoyant des engagements de durée indéfinie, elle répondait aux besoins du marché. On a mentionné le fait que dans certains pays l'émission de tels engagements était exigée par la loi ou par la pratique, même si la mesure dans laquelle c'était là encore une exigence légale et non pas plutôt une question de pratique a été mise en doute. On a déclaré craindre qu'en l'absence de la reconnaissance de l'autonomie des parties qu'impliquait la variante B, les chances de voir la Convention acceptée ne soient compromises, en particulier dans la mesure où les garants dans les États parties à la Convention pourraient craindre des pertes du fait de l'impossibilité d'émettre des garanties de durée indéfinie.

97. La majorité des membres a toutefois jugé préférable la variante A. On a fait observer, pour justifier cette préférence, que la notion de validité indéfinie susciterait des difficultés dans les systèmes juridiques qui soumettaient les engagements indéfinis ou perpétuels à une dissolution unilatérale. Un autre avantage de la variante A était qu'elle n'obligeait pas à distinguer entre garanties indépendantes et lettres de crédit stand-by. On a également fait valoir que la variante A laissait suffisamment de place à l'autonomie des parties et prenait suffisamment en compte les besoins du marché puisque les parties pouvaient avoir recours à des techniques comme la stipulation de dates d'expiration éloignées ou de renouvellements automatiques, ce qui permettrait d'atteindre les mêmes objectifs qu'une validité indéfinie tout en éliminant l'incertitude inhérente à une telle validité pure et simple.

98. Quant au libellé de la variante A, on a noté que le premier membre de phrase n'était pas censé donner à penser que l'engagement pouvait stipuler une validité indéfinie. On a émis l'avis que le premier membre de phrase de la variante B était plus clair et qu'on pourrait l'utiliser à la place. On a aussi émis l'avis qu'il serait sans doute préférable d'utiliser le terme "extinction" pour parler du cas où l'engagement cessait d'exercer ses effets avant la date d'expiration, ce à quoi on a répliqué que l'expression "moment où la lettre de garantie cesse d'exercer ses effets" englobait l'"extinction".

99. Le Groupe de travail est ensuite passé à la question du point de départ du délai de cinq ans prévu dans la variante A. La majorité s'est prononcée, dans l'intérêt de la clarté et de la prévisibilité, pour la date d'émission de l'engagement. Selon un point de vue, toutefois, le point de départ devait être la prise d'effet de l'engagement, faute de quoi le bénéficiaire ne pourrait pas profiter de l'intégralité du délai de cinq ans si l'engagement stipulait une date de prise d'effet postérieure à la date de l'émission. On a même suggéré de porter ce délai à dix ans puisqu'il pourrait être considéré comme l'emportant sur les règles nationales en matière de prescription. Pour répondre à ces préoccupations, le Groupe de travail a décidé d'ajouter une année au délai de cinq ans déja prévu. A l'appui de cette décision, on a fait valoir que dans la pratique la grande majorité des engagements qui n'étaient pas effectifs au moment de l'émission le devenaient au bout d'un an.

100. Durant l'examen de l'alinéa *c*, on a suggéré d'envisager de traiter dans le projet de convention de l'effet des embargos sur l'expiration de l'engagement, problème qui, a-t-on dit, se posait et suscitait des difficultés dans la pratique. On a en outre suggéré d'étudier cette question à la prochaine session sur la base d'une étude établie par le Secrétariat ou de projets de disposition. Ces projets de disposition pourraient prévoir la suspension du délai d'expiration dans le cas où des circonstances échappant au contrôle du bénéficiaire empêcheraient celui-ci de présenter une demande de paiement, ladite suspension étant limitée à la durée de l'empêchement. Cette suggestion n'a pas bénéficié d'un appui suffisant pour qu'il y soit donné suite. La majorité a en outre estimé que la

question des embargos et l'éventail plus large des questions connexes, dont celle des restrictions apportées aux échanges en général, sortaient du champ du projet de convention, ou en tout cas ne devaient pas être abordées dans celui-ci, et ne méritaient donc pas qu'on y consacre des ressources — déjà trop limitées — du Secrétariat dans le cadre du Groupe de travail. On a en outre noté que ces questions n'étaient pas abordées dans les autres instruments juridiques élaborés par la CNUDCI et l'on a donc estimé qu'il serait préférable, avant de s'embarquer dans cette direction, de soumettre la question à la Commission.

Chapitre IV. Droits, obligations et moyens de recours

Article 12. Détermination des droits et obligations

Paragraphe 1

101. Le Groupe de travail a jugé dans l'ensemble acceptable la teneur du paragraphe 1. Il a été convenu de conserver le terme "expressément" afin qu'il soit bien clair que ce paragraphe visait les références par les parties à des usages spécifiques et non pas une simple référence générale aux usages.

Paragraphe 2

102. On a exprimé l'avis que le projet de convention devait sanctionner uniquement les usages expressément incorporés par les parties et non pas prévoir également l'applicabilité des usages non mentionnés par celles-ci. A cet égard, on s'est demandé si le paragraphe 2 était compatible avec le paragraphe 1, qui, comme le Groupe de travail venait de le décider, renvoyait aux usages "expressément" mentionnés par les parties (voir par. 101 ci-dessus). On a répondu qu'il n'y avait pas incompatibilité entre les deux paragraphes, lesquels visaient des buts différents : le paragraphe 1 prévoyait l'incorporation des usages à l'engagement par les parties, tandis que le paragraphe 2 posait une règle supplétive pour l'interprétation des termes et conditions de l'engagement dans les cas où se posaient des questions qui n'étaient pas traitées par l'engagement lui-même ni par les dispositions du projet de convention.

103. On a également émis l'avis que le texte du paragraphe 2 devrait être fusionné avec celui de l'article 5 puisque l'un et l'autre traitaient de l'interprétation du projet de convention. La majorité a toutefois estimé que le paragraphe 2 n'était pas destiné à poser une simple règle d'interprétation du projet de convention mais une règle d'interprétation des droits et obligations découlant d'un engagement donné.

104. Après délibération, le Groupe de travail a jugé dans l'ensemble acceptable la teneur du paragraphe 2, sous réserve d'une éventuelle amélioration de son libellé de façon à indiquer plus clairement le but visé.

Article 13. Responsabilité du garant ou de l'émetteur

Paragraphe 1

105. S'agissant du membre de phrase entre crochets ("en vertu de la lettre de garantie et de la présente Convention"), la majorité l'a jugé nécessaire pour qu'il soit bien clair que la référence à la bonne foi et au soin raisonnable ne concernait que les obligations contractées par l'émetteur en vertu de l'engagement et non pas les obligations que celui-ci pouvait avoir vis-à-vis de ses clients indépendamment de l'engagement.

106. Diverses opinions ont été exprimées au sujet du membre de phrase "comme il sera déterminé compte dûment tenu d'une saine pratique en matière de garantie ou de lettre de crédit stand-by". On a émis la crainte qu'une référence à une "saine" pratique n'établisse un critère subjectif et ne laisse planer l'incertitude quant à ce qui constitue une telle pratique. On a en outre fait observer qu'au moins dans certaines juridictions, la référence à une "saine" pratique risquait d'aboutir à un résultat non recherché, à savoir que la détermination des normes applicables serait considérée comme une question de fait à trancher par un jury. On a donc suggéré de remplacer ces mots par "des normes applicables de la pratique" ou "des règles et usages internationaux généralement acceptés de la pratique en matière de garantie ou de lettre de crédit stand-by", libellés qui, outre qu'ils offriraient un critère plus objectif, seraient en harmonie avec le paragraphe 2 de l'article 12. A l'appui du libellé ainsi proposé, on a fait valoir qu'en ce qui concerne les garanties indépendantes et lettres de crédit stand-by, ces normes seraient, dans une large mesure, contenues dans les RUU 500 et dans les RUGD et pourraient donc être considérées comme une "saine" pratique.

107. On a répondu qu'en faisant référence à une "saine" pratique au paragraphe 1, l'intention n'était pas de renvoyer uniquement aux normes existantes ou à la pratique généralement acceptée, mais de suggérer une norme plus élevée en fournissant un critère qui permettrait de distinguer les normes constituant une "saine" pratique des autres. On s'est donc prononcé pour le maintien de la référence à une "saine" pratique. La majorité a, toutefois, estimé que le terme "saine pratique" pourrait être remplacé par "pratique généralement acceptée". On a rappelé que l'élément important dans le paragraphe 1 était la "bonne foi" et le "soin raisonnable", qui ne devaient pas être appréciés uniquement par référence à une "saine pratique" ou à une "pratique généralement acceptée", mais aussi par référence aux circonstances générales de l'espèce. Il a donc été convenu que, même après suppression de la référence à une "saine" pratique, le critère de la bonne foi et du soin raisonnable resterait un critère plus élevé qu'une simple référence à la pratique généralement acceptée.

108. On a d'autre part fait observer que les références à la pratique figurant au paragraphe 1 de l'article 13 et à l'article 16 n'étaient pas libellées de la même façon. On a exprimé l'avis que le même libellé devrait être adopté dans les deux articles, mais on a aussi rappelé que le Groupe de travail, à sa dix-neuvième session, avait décidé qu'il serait utile de distinguer entre les critères applicables à deux phases distinctes du processus d'examen des documents : d'une part, le critère de la bonne foi et du soin raisonnable dont l'émetteur devait faire preuve en examinant la demande, c'est-à-dire en cherchant à détecter toute anomalie, et, d'autre part, la détermination du poids ou de l'importance à accorder à certaines anomalies mineures qui pourraient être détectées, c'est-à-dire que l'émetteur avait à déterminer si ces anomalies devaient entraîner le rejet de la demande

(A/CN.9/374, par. 95). On a noté que ce type d'approche correspondait à la pratique et était incorporé à l'article 13 des RUU 500.

109. Pour ce qui est de la forme, on a suggéré d'ajouter l'épithète "indépendante" après le mot "garantie" de façon à éviter que le projet de convention ne soit faussement interprété comme portant aussi sur les garanties accessoires. Il a aussi été convenu qu'il faudrait faire référence au caractère "international" des pratiques visées au paragraphe 1.

110. Après délibération, le Groupe de travail a décidé de remplacer le membre de phrase "comme il sera déterminé compte dûment tenu d'une saine pratique en matière de garantie ou de lettre de crédit stand-by" par "compte dûment tenu des normes généralement acceptées de la pratique internationale en matière de garanties indépendantes ou de lettres de crédit stand-by".

Paragraphe 2

111. Le Groupe de travail a jugé dans l'ensemble acceptable la teneur du paragraphe 2.

Article 14. Demande

Première phrase

112. Le Groupe de travail a jugé dans l'ensemble acceptable la teneur de la première phrase.

Deuxième phrase

113. On a proposé que, dans le cas où l'engagement ne spécifiait pas le lieu où sa période d'effet devait arriver à expiration, le projet de convention prévoie qu'une demande de paiement ou tout document requis par l'engagement étaient validement présentés si ladite demande ou ledit document étaient expédiés par le bénéficiaire pendant la période d'effet (calculée à l'établissement du bénéficiaire), que la demande ou le document parviennent au garant ou à l'émetteur avant ou après l'expiration de cette période (calculée au lieu d'émission de l'engagement). Cette proposition n'a bénéficié d'aucun appui. De l'avis général, la disposition prévoyant que les documents devaient être présentés au garant ou à l'émetteur au lieu où la lettre de garantie avait été émise devait être interprétée comme impliquant que les documents devaient être reçus par le garant ou l'émetteur avant l'expiration de la période d'effet, celle-ci devant être calculée au lieu d'émission de l'engagement.

114. S'agissant du cas particulier d'un engagement stipulant que le paiement devait être fait par une banque autre que le garant ou l'émetteur, il a généralement été convenu qu'une telle stipulation devait être interprétée comme impliquant également la stipulation d'un autre lieu sur l'engagement.

115. Après délibération, le Groupe de travail a jugé dans l'ensemble acceptable la teneur de la deuxième phrase.

Troisième phrase

116. On a émis l'avis que lorsqu'une demande de paiement était présentée alors que la lettre de garantie n'exigeait aucune déclaration ni aucun document, le projet de convention devrait mettre à la charge du bénéficiaire l'obligation de faire une déclaration indiquant que le paiement était dû. Bien que cette proposition ait bénéficié d'un certain appui, l'opinion de la majorité a été qu'elle aurait pour résultat non souhaitable d'interdire les garanties payables sur simple demande et les lettres de crédit stand-by inconditionnelles. On a rappelé que lors de sessions précédentes, le Groupe de travail avait longuement débattu de la place à accorder dans le projet de convention aux lettres de garantie payables sur simple demande et avait décidé qu'un texte normatif comme le projet de convention ne devait encourager ni décourager le recours à aucun type particulier de lettre de garantie. Au contraire, le projet de convention devait prendre en compte tous les types de garantie en usage et lever toute incertitude à leur sujet (voir A/CN.9/361, par. 20 et 21; A/CN.9/374, par. 82). Le Groupe de travail a réaffirmé cette décision.

117. Après délibération, le Groupe de travail a jugé généralement acceptable la teneur de la troisième phrase. Pour ce qui est de la forme, il a été convenu de remplacer les termes "aucune déclaration ou aucun document" par "aucune attestation ou autre document" afin d'harmoniser le libellé de la troisième phrase avec celui de la deuxième phrase.

Article 15. Avis de demande

118. Comme précédemment convenu, le Groupe de travail s'est penché une fois de plus sur la question de l'opportunité ou non de maintenir l'article 15. (Concernant l'examen de l'article 15 à la dix-neuvième session, voir A/CN.9/374, par. 86 à 92.) Si d'aucuns ont estimé qu'il fallait maintenir cet article, en particulier parce qu'il consacrait l'autonomie des parties, on a une fois de plus fait valoir qu'il fallait soit le supprimer ou, à tout le moins, ne pas en appliquer la procédure de notification aux lettres de crédit stand-by. On a fait observer que l'utilité d'une telle procédure en matière de garantie bancaire était attestée par le fait qu'une procédure similaire était prévue dans les RUGD, cependant que l'on faisait valoir à l'opposé qu'elle s'appliquait d'autant moins en matière de lettre de crédit stand-by que les RUU 500 ne prescrivaient aucune notification. D'aucuns se sont prononcés en faveur du maintien de l'article 15, en en limitant l'application aux garanties, en particulier parce qu'ils craignaient que la suppression de cette disposition ne donne à penser que le projet de convention donnait la préférence à l'approche retenue par les RUU, qui ne prescrivaient pas de notification. Il a été suggéré de supprimer ou de préciser la deuxième phrase de l'article 15, en particulier les mots "habilite le donneur d'ordre", si cet article était maintenu.

119. Si l'on a mis en doute la thèse sus-évoquée de l'inapplicabilité universelle de la procédure de notification aux lettres de crédit stand-by par référence à la pratique, à tout le moins dans certains États, le Groupe de travail a conclu qu'il serait préférable de supprimer l'article 15. On a estimé que le projet de convention ne devrait pas prescrire de notification, la question devant être laissée à la volonté conventionnelle des parties et à l'évolution de la pratique, qui résulterait de la suppression de l'article 15. On s'est par ailleurs largement accordé à considérer, à la lumière des avis qui avaient été exprimés, que la question ne justifiait pas de consacrer des règles exceptionnelles aux lettres de crédit

stand-by, exception dont on avait jusqu'ici fait l'économie. On a en outre déclaré que la question concernait essentiellement la relation entre le donneur d'ordre et le garant ou l'émetteur et, en tant que telle, débordait du champ d'application envisagé pour le projet de convention. Le Groupe de travail a également cru devoir relever qu'il avait entendu par sa décision préserver la neutralité de la Convention sur la question d'une exigence de notification de ce type.

Article 16. Examen de la demande et des documents joints

Paragraphe 1

120. On s'est demandé s'il ressortait clairement de cette disposition que le donneur d'ordre et le garant ou l'émetteur pouvaient convenir d'assouplir la norme applicable à l'occasion de l'examen de la demande et des documents joints. On a estimé que l'on gagnerait à préciser la disposition, encore que cette règle puisse être déduite des articles 13 et 16 lus ensemble. Le Groupe de travail a été cependant peu enclin à remettre en cause la formule de base énoncée au paragraphe 1. On a rappelé que celle-ci était le fruit de longs débats tenus à la dix-neuvième session et qu'elle reposait sur l'idée selon laquelle le projet de convention devait régir principalement la relation entre le garant ou l'émetteur et le bénéficiaire. Comme lors de la dix-neuvième session, on a déclaré que le texte de la disposition ne devrait pas être interprété comme empêchant le donneur d'ordre et le garant ou l'émetteur de convenir de telles ou telles normes.

121. Quant au libellé du paragraphe 1, le Groupe de travail a précisé que le Secrétariat tiendrait compte, dans sa prochaine formulation, de sa décision antérieure tendant à ce qu'une demande de paiement soit considérée comme un "document" aux fins du projet de convention (A/CN.9/388, par. 110). C'est ainsi que l'on utiliserait une formule du genre "la demande et tous autres documents joints". On parlerait également de "garantie indépendante" et non uniquement de "garantie" par souci de concordance avec l'intitulé du projet de convention.

Paragraphe 2

122. On a exprimé la crainte que le délai de sept jours imparti pour l'examen de la demande de paiement ne soulève des difficultés pour les États où la succession des jours fériés à certaines époques de l'année ôterait son utilité à la règle énoncée au paragraphe 2. Si l'on a déclaré que l'on avait retenu la formule des sept jours pour épargner aux praticiens les interprétations divergentes de la notion de jours "ouvrables", on a fait observer que le paragraphe 2 ne tenait pas davantage compte des besoins des États où la fin de la semaine ne correspondait pas à celle du calendrier grégorien. Il a été proposé notamment de retenir la formule de cinq jours ouvrables ou de sept jours ouvrables au lieu où la demande devait être présentée ou au lieu où les documents devaient être examinés. Si d'aucuns ont exprimé la crainte qu'une règle de sept jours ne soit source d'incertitude pour les bénéficiaires et que l'adjectif "ouvrables" ne tienne pas compte du cas des garants ou émetteurs privés, le Groupe de travail a retenu la formule des sept jours ouvrables. Ce faisant, il a reconnu qu'une distinction pourrait être établie entre "les jours ouvrables" de manière générale et les jours où les garants ou les émetteurs exerçaient leurs activités ("jours ouvrables bancaires"). Il était entendu que le paragraphe 2 préciserait qu'il visait la deuxième catégorie (s'inspirant ainsi de l'alinéa *b* de l'article 13 des RUU 500) de manière à refléter l'interprétation du Groupe de travail selon laquelle par "jours ouvrables" il fallait entendre les jours où garants ou émetteurs exerçaient leurs activités.

Article 17. Paiement ou rejet de la demande

Paragraphe 1

123. On est convenu qu'il fallait mieux préciser le sens que l'on entendait donner à la deuxième phrase, à savoir que le paiement d'une demande qui n'était pas conforme aux dispositions de l'article 14 ne priverait pas le donneur d'ordre du droit de refuser le remboursement au garant ou à l'émetteur en pareil cas. On pourrait y pourvoir en supprimant les mots "et obligations" et en remplaçant les mots "n'a pas d'incidence" par l'expression "est sans préjudice des". On a également précisé que la disposition n'était pas censée écarter une norme moins stricte convenue d'un commun accord. Le Groupe de travail a proposé que la disposition soit remaniée pour tenir compte des préoccupations exprimées.

Paragraphe 1 bis

124. Le Groupe de travail a fait observer que la référence au bénéficiaire au paragraphe 1 *bis* était erronée et qu'elle devait être remplacée par une référence au garant ou à l'émetteur.

125. Des opinions divergentes ont été exprimées quant à savoir si le Groupe de travail devait maintenir ou supprimer le paragraphe. Les partisans de la suppression de la disposition ont fait valoir qu'elle reprenait un principe (prompt paiement d'une demande conforme) qui ressortait clairement du paragraphe 1. On a également adressé au paragraphe 1 *bis* le reproche que le sens de l'adverbe "promptement" n'était pas clair. La procédure prévue pour la reconnaissance de la conformité d'une demande en cas de paiement différé a suscité davantage de doutes. Si certains l'ont jugée intéressante, on s'est dans l'ensemble accordé à la considérer comme inconnue de la pratique et comme peu utile comme s'agissant de l'acceptation d'une demande de paiement et non de son rejet, auquel cas une règle prescrivant la communication au bénéficiaire s'imposerait.

126. L'opinion dominante, à laquelle le Groupe de travail s'est rallié, a été que le paragraphe 1 *bis* était utile en ce qu'il énonçait clairement le principe du paiement prompt, sauf convention contraire, cas auquel le paiement devait être effectué à la date stipulée. On est cependant convenu de ne faire aucune mention au paragraphe 1 *bis* de la reconnaissance de la conformité d'une demande en cas de paiement différé. Un groupe de travail a également fait observer que la prochaine version préciserait que l'obligation de payer promptement intervenait postérieurement à la décision de payer, sans affecter le délai imparti au paragraphe 2 de l'article 16 pour examiner la demande et décider ou non de payer.

Paragraphe 1 ter

127. Le Groupe de travail a décidé de supprimer le paragraphe 1 *ter*. On a estimé que la règle qu'il énonçait, à savoir que le garant ou l'émetteur ne pouvait invoquer l'insolvabilité du donneur d'ordre pour se soustraire à l'obligation de payer allait de soi. On a par ailleurs déclaré que le paragraphe pourrait être interprété comme donnant à penser que le projet de convention s'appliquait à la relation entre le donneur d'ordre et le garant ou l'émetteur.

Paragraphe 2

128. Comme précédemment, on a exprimé la crainte que la règle énoncée au paragraphe 2 ne soit impropre, sinon s'agissant de tous les engagements entrant dans le champ d'application du projet de convention, du moins en ce qui concerne les lettres de crédit stand-by. On a souligné qu'en ordonnant le non-paiement lorsque le garant ou l'émetteur était saisi de faits rendant la demande manifestement incorrecte, le projet de convention obligerait le vérificateur du document à déterminer des faits, ce dont le soin devrait être laissé à un tribunal ou à tout autre juge des faits. A cet égard, on a appelé l'attention du Groupe de travail sur le principe généralement accepté dans la pratique en matière de lettres de crédit, tel qu'il était consacré à l'article 15 des RUU 500 et selon lequel l'émetteur n'était pas responsable de l'authenticité des documents. On a estimé qu'une autre possibilité acceptable serait de ménager au garant ou à l'émetteur la latitude de ne pas payer en pareil cas. A l'appui d'une telle approche, on a fait valoir que l'obligation d'agir avec un soin raisonnable et de bonne foi suffirait à guider le garant ou l'émetteur au cas où il serait saisi de preuve attestant une fraude.

129. Ayant épuisé le temps qui lui était imparti pour ses débats à la présente session, le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'établir pour sa session suivante des variantes de formulation en tenant compte des vues qui avaient été exprimées de manière à permettre d'examiner le paragraphe 2 plus avant sans aucunement préjuger de la discussion à la prochaine session.

III. TRAVAUX FUTURS

130. Le Groupe de travail a décidé, sous réserve de l'approbation de la Commission, que la prochaine session se tiendrait à Vienne du 19 au 30 septembre 1994.

131. Le Groupe de travail a noté que le Secrétariat avait l'intention d'établir pour la prochaine session une version révisée du projet de convention reflétant ses décisions et conclusions.

III. ÉCHANGES DE DONNÉES INFORMATISÉES (EDI)

A. Rapport du Groupe de travail sur les échanges de données informatisées (EDI) sur les travaux de sa vingt-sixième session (Vienne, 11-22 octobre 1993)

(A/CN.9/387) [Original : anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
INTRODUCTION		1-13
I.	DÉLIBÉRATIONS ET DÉCISIONS	14
II.	EXAMEN DES PROJETS DE DISPOSITIONS DES RÈGLES UNIFORMES SUR LES ASPECTS JURIDIQUES DE L'ÉCHANGE DE DONNÉES INFORMATISÉES (EDI) ET LES MOYENS CONNEXES DE COMMUNICATION DES DONNÉES COMMERCIALES	15-176
	CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GÉNÉRALES	15-65
	Article 1er. Champ d'application	15-28
	Article 2. Définition	29-52
	Article 3. Interprétation des règles uniformes	53-58
	Article 4. Interprétation des règles	59-61
	Article 5. Dérogation conventionnelle	62-65
	CHAPITRE II. CONDITIONS DE FORME	66-109
	Article 6. Équivalent fonctionnel de l'"écrit"	66-80
	Article 7. Équivalent fonctionnel de la signature	81-90
	Article 8. Équivalent fonctionnel "d'un original"	91-97
	Article 9. Valeur probante des données commerciales	98-109
	CHAPITRE III. COMMUNICATION DE MESSAGES DE DONNÉES COMMERCIALES	110-176
	Article 10. [Nature contraignante] [Efficacité] des messages de données	110-132
	Article 11. Obligations découlant de la transmission	133-144
	Article 12. Formation des contrats	145-151
	Article 13. Réception de messages de données commerciales	152-163
	Article 14. Enregistrement et stockage de messages de données commerciales	164-168
	[Article 15. Responsabilité]	169-176
III.	AUTRES QUESTIONS À EXAMINER	177

INTRODUCTION

1. A sa vingt-quatrième session (1991), la Commission a fait valoir que les aspects juridiques de l'échange de données informatisées (EDI) deviendraient de plus en plus importants avec le développement de ce type d'échange et qu'elle devrait entreprendre des travaux dans ce domaine. Les membres de la Commission ont décidé que le sujet devrait être traité de façon approfondie par un groupe de travail[1].

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-sixième session, Supplément n° 17* (A/46/17), par. 314 à 317.

2. Conformément à cette décision, le Groupe de travail des paiements internationaux a consacré sa vingt-quatrième session à définir et à examiner les questions juridiques découlant du développement de l'EDI. Le rapport de cette session du Groupe de travail a donné à entendre que l'examen des questions juridiques liées au développement de l'EDI avait fait apparaître que, pour certaines de ces questions, le mieux serait d'élaborer des dispositions législatives (A/CN.9/360, par. 129). Pour ce qui est de l'élaboration possible d'un accord type de communication d'application universelle pour le commerce international, le Groupe de travail a convenu que, du moins pour le moment, il n'était pas nécessaire que la Commission élabore un tel accord. Toutefois, il a noté que, conformément à l'approche souple recommandée à la Commission en ce qui concerne la forme que revêtirait l'instrument qui serait élaboré, il se pourrait que, dans certains cas, l'élaboration de clauses contractuelles types soit considérée comme un moyen approprié de traiter certaines questions (A/CN.9/360, par. 132). Le Groupe de travail a réaffirmé que les organisations internationales actives dans ce domaine devraient coopérer étroitement. Il a été convenu que la Commission, vu le caractère universel de sa composition et son mandat général en tant que principal organe juridique du système des Nations Unies dans le domaine du droit commercial international, devrait jouer un rôle particulièrement actif en la matière (A/CN.9/360, par. 133).

3. A sa vingt-cinquième session (1992), la Commission a examiné le rapport du Groupe de travail des paiements internationaux sur les travaux de sa vingt-quatrième session (A/CN.9/360). Elle a convenu, comme l'avait indiqué le Groupe de travail, que la nécessité s'imposait d'examiner plus avant les aspects juridiques de l'EDI et d'élaborer des règles pratiques dans ce domaine. Par ailleurs, comme l'avait suggéré le Groupe de travail, elle a reconnu que si, pour certaines questions, le mieux était d'élaborer des dispositions législatives, pour d'autres, en revanche, il serait sans doute plus approprié de mettre au point des clauses contractuelles types. Après en avoir débattu, la Commission a fait siennes les recommandations contenues dans le rapport du Groupe de travail (A/CN.9/360, par. 129 à 133), réaffirmé la nécessité d'une coopération active entre toutes les organisations internationales qui s'occupent de cette question et confié au Groupe de travail des paiements internationaux, qu'elle a rebaptisé Groupe de travail sur les échanges de données informatisées, le soin d'élaborer des règles juridiques relatives à l'EDI[2].

4. A sa vingt-sixième session (1993), la Commission était saisie du rapport du Groupe de travail sur les échanges de données informatisées sur les travaux de sa vingt-cinquième session (A/CN.9/373). Elle s'est déclarée satisfaite des travaux accomplis par le Groupe de travail. Elle a noté que ce dernier avait commencé à débattre du contenu d'une loi uniforme sur l'EDI et exprimé l'espoir que l'élaboration de ce texte avance rapidement.

5. Selon une opinion, le Groupe de travail devrait, outre l'établissement des dispositions de la loi, entreprendre l'élaboration d'un accord type de communication que pourraient appliquer, s'ils le souhaitaient, les usagers de l'EDI. Il a été indiqué que la plupart des tentatives visant à résoudre les problèmes juridiques découlant du recours à l'EDI reposaient actuellement sur une approche contractuelle, ce qui rendait nécessaire un modèle général pour la rédaction d'arrangements selon cette approche. Il a été répondu que l'élaboration d'un accord type de communication d'application universelle avait été proposée à la vingt-quatrième session de la Commission. Cette dernière avait décidé à ce moment-là qu'il était prématuré de se lancer immédiatement dans l'élaboration d'un accord type de communication et qu'il était peut-être préférable de suivre, provisoirement, ce qui se passait dans d'autres organisations, notamment à la Commission des Communautés européennes et à la Commission économique pour l'Europe[3].

6. Après délibération, la Commission a réaffirmé sa décision de différer l'examen de la question jusqu'à ce qu'elle puisse disposer, pour les étudier, des textes des accords types sur les échanges de données informatisées qu'étaient en train d'élaborer ces organisations.

7. Il a été estimé qu'il était nécessaire, en plus des travaux en cours au sein du Groupe de travail, d'examiner des questions particulières résultant du recours à l'EDI dans certains contextes commerciaux. L'EDI dans la passation des marchés et le remplacement des connaissements sur papier ou autres titres de propriété par des messages EDI ont été donnés comme exemples de sujets méritant une attention spéciale. Il a aussi été proposé que la Commission fixe au Groupe de travail un délai pour l'achèvement de sa tâche actuelle. Selon l'opinion qui a largement prévalu, toutefois, le Groupe de travail devrait poursuivre ses travaux dans le cadre du mandat général que lui avait confié la Commission. Il a été décidé que le Groupe de travail ne devrait aborder de nouveaux domaines où des règles détaillées pourraient être nécessaires qu'après avoir achevé l'élaboration de règles générales sur l'EDI[4].

8. Le Groupe de travail sur les échanges de données informatisées, qui est composé de tous les États membres de la Commission, a tenu sa vingt-sixième session à Vienne, du 11 au 22 octobre 1993. Des représentants des États suivants, membres du Groupe de travail, ont participé à la session : Allemagne, Arabie saoudite, Autriche, Canada, Chili, Chine, Costa Rica, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Hongrie, Inde, Iran (République islamique d'), Japon, Mexique, Nigéria, Pologne, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Soudan, Thaïlande et Uruguay.

9. Des observateurs des États suivants ont participé à la session : Afrique du Sud, Arménie, Australie, Belgique, Brésil, Finlande, Indonésie, Pérou, Philippines, Suisse, Turquie, Ukraine et Yémen.

---

[2] *Ibid., Quarante-septième session, Supplément n° 17* (A/47/17), par. 140 à 148.

[3] *Ibid., Quarante-sixième session, Supplément n° 17* (A/46/17), par. 316.

[4] *Ibid., Quarante-huitième session, Supplément n° 17* (A/48/17), par. 265 à 268.

10. Des observateurs des organisations internationales suivantes ont participé à la session :

a) *Organismes des Nations Unies*

Centre (CNUCED/GATT) du commerce international (CCI)

Organisation des Nations Unies pour le développement industriel (ONUDI)

b) *Organisations intergouvernementales*

Comité consultatif juridique Afrique-Asie

Commission économique pour l'Europe (CEE)

Communauté européenne (CE)

Conférence de La Haye de droit international privé

Organisation intergouvernementale pour les transports internationaux ferroviaires (OTIF)

c) *Autres organisations internationales*

Centre d'arbitrage commercial international du Caire

Banque des règlements internationaux (BRI)

Fédération bancaire de la Communauté européenne

Chambre de commerce internationale (CCI).

11. Le Groupe de travail a élu le bureau suivant :

Président : M. José-María Abascal Zamora (Mexique)

Rapporteur : M. Abdolhamid Faridi Araghi (République islamique d'Iran).

12. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants : l'ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.IV/WP.56), une note du Secrétariat contenant un premier projet de règles uniformes sur les aspects juridiques de l'échange de données informatisées (EDI) et les moyens connexes de communication de données commerciales (A/CN.9/WG.IV/WP.57) et une note reproduisant le texte d'un projet de règles et les notes explicatives proposés par la délégation du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (A/CN.9/WG.IV/WP.58).

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

1. Élection du bureau.
2. Adoption de l'ordre du jour.
3. Ébauche de règles uniformes sur les aspects juridiques de l'échange de données informatisées (EDI).
4. Questions diverses.
5. Adoption du rapport.

I. DÉLIBÉRATIONS ET DÉCISIONS

14. Le Groupe de travail a examiné les questions traitées dans la note du Secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.57) et la proposition formulée par la délégation du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (A/CN.9/WG.IV/WP.58). Les délibérations et conclusions du Groupe de travail sont présentées ci-dessous, au chapitre II. Le Secrétariat a été prié d'établir, à partir de ces délibérations et conclusions, un ensemble d'articles révisés comportant, le cas échéant, des variantes sur les questions examinées.

II. EXAMEN DES PROJETS DE DISPOSITIONS DES RÈGLES UNIFORMES SUR LES ASPECTS JURIDIQUES DE L'ÉCHANGE DE DONNÉES INFORMATISÉES (EDI) ET LES MOYENS CONNEXES DE COMMUNICATION DES DONNÉES COMMERCIALES

Chapitre premier. Dispositions générales

Article premier. Champ d'application

15. Le texte de projet d'article premier examiné par le Groupe de travail était le suivant :

*"Champ d'application**

"1. Les présentes règles s'appliquent à un message de données commerciales lorsque :

Variante A : *a)* L'expéditeur et le destinataire d'un tel message se trouvent dans des États différents [au moment auquel le message est expédié];

Variante B : *a)* L'expéditeur et le destinataire d'un tel message ont, au moment où le message est [préparé ou] envoyé, leurs établissements commerciaux dans différents États;

b) Tout lieu où une partie substantielle des obligations au titre de la relation commerciale sur lesquelles porte le message, ou le lieu auquel l'objet du message est le plus étroitement lié, est situé hors d'un État sur le territoire duquel l'une ou l'autre des parties a son établissement commercial;

Variante C : Le message concerne des intérêts dans le contexte du commerce international.

*Les présentes règles [ne portent pas sur des questions] [ne substituent à aucune loi] [ne relèvent d'aucune loi] relative(s) à la protection des consommateurs.

"2. Les présentes règles régissent uniquement l'échange et le stockage des messages de données commerciales et les droits et obligations découlant de cet échange ou de ce stockage. Sauf disposition contraire dans les présentes règles, elles ne s'appliquent pas à la substance d'une opération commerciale aux fins de laquelle un message de données commerciales est envoyé ou reçu."

Paragraphe 1

16. Le Groupe de travail a traité de la question de savoir si les règles uniformes ne devraient s'appliquer qu'aux utilisations internationales ou si elles devraient couvrir les utilisations internationales et les utilisations nationales.

17. Selon un avis, l'application des règles uniformes ne devrait pas être limitée aux utilisations internationales. A l'appui de cet avis, il a été noté que la certitude juridique qu'offraient les règles uniformes était nécessaire tant pour les utilisations nationales que pour les utilisations internationales. En outre, la coexistence de deux régimes régissant les moyens électroniques d'enregistrement et de communication des données pourrait sérieusement entraver le recours à de tels moyens. De plus, il a été noté qu'il serait difficile

d'énoncer un critère clair et généralement acceptable permettant d'établir une distinction entre les utilisations nationales et les utilisations internationales.

18. Selon un autre avis, les règles uniformes ne devraient s'appliquer qu'aux utilisations internationales, car elles avaient pour objet de faciliter le commerce international. Dans ce contexte, le Groupe de travail a débattu des diverses variantes proposées au titre du premier paragraphe.

19. A l'appui des variantes A et B, il a été noté qu'elles étaient, comme il convient, axées sur le message plutôt que sur l'opération sous-jacente, car l'objet des règles uniformes n'était pas d'unifier les législations nationales sur les utilisations commerciales. Toutefois, les variantes A et B ont suscité des critiques, car elles mettaient l'accent sur la notion de communication, laissant de côté les enregistrements tenus sous forme électronique, mais non communiqués. En outre, il a été noté que la variante A ne serait pas facilement applicable, car il serait sans doute difficile à une partie de savoir où était la partie recevant un message au moment où ledit message était envoyé. La variante B a également été critiquée parce qu'elle mettait l'accent sur l'établissement des parties, qui pourrait être difficile à déterminer.

20. La variante C a reçu un appui considérable, car elle a été considérée comme suffisamment souple pour englober dans le champ d'application des règles uniformes tous les messages liés à une opération internationale, même si certains de ces messages seraient considérés comme nationaux en application des variantes A et B. Toutefois, des critiques ont été émises à propos de la variante C, au motif qu'elle faisait implicitement référence à l'opération sous-jacente, référence qui était contraire au principe énoncé au paragraphe 2.

21. Après un débat, le Groupe de travail a décidé que les règles uniformes seraient applicables en principe aux utilisations internationales et nationales, mais il a également décidé d'indiquer dans une note de bas de page d'éventuels critères d'internationalité pour les États qui pourraient souhaiter de limiter l'applicabilité des règles uniformes aux utilisations internationales. Il a été annoncé qu'une disposition fondée sur la variante C pourrait être incorporée dans une note de bas de page, en tant que critère permettant d'établir une distinction entre les utilisations internationales et les utilisations nationales.

Paragraphe 2

22. La première phrase du paragraphe 2 a suscité des critiques au motif qu'elle limitait indûment le champ d'application des règles uniformes. Il a été avancé qu'outre l'échange et le stockage de données commerciales, d'autres opérations telles que la création et le traitement des données devaient être également prises en compte pour que les règles uniformes s'appliquent à l'éventail complet des procédures commerciales électroniques. Il a également été déclaré que l'indication figurant à la première phrase — selon laquelle les règles uniformes régissaient les droits et obligations découlant de l'échange et du stockage de données commerciales — pourrait être considérée comme étant en contradiction avec la deuxième phrase du paragraphe. Pour ce qui est de cette deuxième phrase, il a été déclaré que le projet de texte n'était pas suffisamment clair à propos des relations possibles entre les règles uniformes et d'autres règles juridiques applicables aux opérations commerciales.

23. Le Groupe de travail a convenu que la disposition devrait définir le champ d'application des règles uniformes et préciser qu'elles n'ont pas pour objet d'écarter d'autres règles juridiques applicables aux opérations commerciales, telles la législation générale des contrats. Toutefois, il faudrait également indiquer à l'article premier que, dans la mesure où cela était nécessaire pour que les techniques informatiques soient reconnues par la loi, les règles uniformes prévaudraient sur les autres règles de droit. Par exemple, les dispositions énoncées dans les règles uniformes à propos de l'équivalent fonctionnel de l'écrit prévaudraient normalement sur les définitions possibles de l'écrit figurant dans les législations nationales.

Note de bas de page : questions relatives au droit de la consommation

24. Il a été rappelé qu'à sa vingt-quatrième session, le Groupe de travail avait décidé, lors d'un examen préliminaire des questions relatives au droit de la consommation, que ces questions devraient être expressément exclues du champ d'application des règles uniformes (voir A/CN.9/360, par. 30). Selon une opinion, il fallait indiquer dans les règles uniformes que celles-ci ne s'appliquaient pas aux opérations faisant intervenir les consommateurs. Si elles s'y appliquaient sous condition d'être subordonnées à des règles particulières relatives à la protection des consommateurs, des problèmes risquaient de se poser dans les cas où les règles uniformes et la législation sur la protection des consommateurs pouvaient s'appliquer concurremment, et plus particulièrement lorsqu'il faudrait déterminer ce qui constituait la législation sur la protection des consommateurs. Des exemples ont été donnés de conflit possible entre les règles uniformes et d'autres règles de droit applicables qui, sans mentionner expressément la protection des consommateurs comme leur objet, pouvaient être interprétés comme ayant un effet de protection sur les consommateurs. On a fait observer par ailleurs que les règles uniformes étaient axées sur les transactions commerciales et qu'il pourrait se présenter des cas où ces règles, appliquées dans le contexte des opérations faisant intervenir les consommateurs, pourraient être préjudiciables à ces derniers. Il a été déclaré, à titre d'exemple, que le projet d'article 10 laissait supposer que, dans certaines circonstances, l'expéditeur apparent d'un message était lié par le contenu d'un message qu'il n'avait pas effectivement envoyé. Une telle règle pouvait se concevoir dans le contexte des virements internationaux ou d'autres transactions commerciales mais serait de toute évidence inappropriée pour les opérations faisant intervenir les consommateurs.

25. Toutefois, il a aussi été rappelé que la décision prise par le Groupe de travail à sa précédente session comportait deux aspects. Le Groupe avait certes estimé dans l'ensemble que les règles uniformes ne devaient pas traiter des questions spéciales ayant trait à la protection des consommateurs, mais selon l'opinion qui avait prévalu à cette session, ces règles devaient s'appliquer à tous les messages, y compris les messages émanant des consommateurs ou leur étant destinés, à condition de bien préciser qu'elles n'avaient pas pour objet

de déroger en aucune façon à la législation relative à la protection des consommateurs. On avait fait observer que les règles uniformes elles-mêmes auraient probablement pour effet d'améliorer la situation des consommateurs en introduisant une plus grande certitude juridique dans leurs opérations et qu'en plus de cet élément positif, elles devraient ouvrir la voie à une législation garantissant une protection spéciale aux consommateurs (voir A/CN.9/373, par. 29 à 31).

26. Il a été proposé d'adopter une disposition pouvant être libellée comme suit :

"Les présentes Règles ne visent pas les opérations impliquant des consommateurs mais, si elles sont appliquées dans ce but, elles ne doivent pas prévaloir sur la législation relative à la protection des consommateurs."

Cette disposition a bénéficié d'un certain appui. Il a été déclaré cependant qu'elle aurait pour effet d'exclure les opérations impliquant des consommateurs du champ d'application des règles uniformes sauf si la loi incorporant lesdites règles les rendait expressément applicables aux opérations impliquant les consommateurs. A l'encontre de la proposition, il a été déclaré que celle-ci était contraire au principe souhaité selon lequel les règles uniformes devraient être aisément applicables aux opérations impliquant les consommateurs.

27. Après un débat, le Groupe de travail a décidé qu'il devrait être clairement indiqué dans les règles uniformes que celles-ci ne devaient pas traiter de questions spéciales ayant trait à la protection des consommateurs. Le Secrétariat a été prié d'établir, aux fins d'examen par le Groupe de travail, des variantes reflétant les débats.

28. Pour ce qui était de savoir si les questions relatives au droit de la consommation devraient être traitées dans le corps du texte ou dans une note de bas de page, un soutien a été exprimé pour l'inclusion de la disposition pertinente dans le corps du texte. On s'est rendu compte cependant qu'un tel procédé ferait ressortir la nécessité de définir la notion de "consommateur". Dans l'ensemble, il a été estimé qu'il ne serait pas pratique de tenter de donner une définition uniforme de la notion de consommateur. Le Groupe de travail a donc réaffirmé la décision qu'il avait prise à sa précédente session, à savoir de traiter la question par une note de bas de page (voir A/CN.9/373, par. 32).

Article 2. Définitions

29. Le texte du projet d'article 2 examiné par le Groupe de travail était le suivant :

"Aux fins des présentes règles :

"*a)* "Message de données commerciales" désigne une série de données commerciales échangées [ou stockées] au moyen d'échanges de données informatisées (EDI), de télégrammes, de télex, de télécopies ou autres moyens [analogues] de transmission [ou de stockage] de données [numériques], [à l'exclusion des communications purement verbales] qui [par elles-mêmes] constituent un enregistrement complet des données;

"*b)* "Échange de données informatisées (EDI)" désigne la transmission d'ordinateur à ordinateur de données commerciales selon un mode de présentation uniformisé (format standard);

"*c)* "Expéditeur" désigne toute personne qui envoie un message de données commerciales auquel s'appliquent les présentes règles [pour son propre compte [ou toute personne pour le compte de laquelle un message de données commerciales régi par les présentes règles est présumé avoir été envoyé]];

"*d)* "Destinataire" désigne une personne qui reçoit un message de données commerciales régi par les présentes règles ou qui est censée en dernier ressort recevoir un tel message;

"*e)* "Intermédiaire" désigne une entité qui, dans le cadre ordinaire de ses activités commerciales, s'emploie à recevoir des messages de données commerciales régis par les présentes règles et doit faire parvenir de tels messages à leurs destinataires. [Un intermédiaire peut exercer de telles fonctions en formatant, traduisant et stockant entre autres de tels messages.]"

Alinéa a
(Définition de "message de données commerciales")

"Message"

30. Il a été noté en premier lieu que le projet de définition se fondait sur la notion de communication et ne tenait pas compte des enregistrements informatiques qui étaient créés ou stockés, mais non communiqués. A ce propos, il a été suggéré de faire référence à un "document porteur de données commerciales" ou à un "enregistrement" et non à un "message". La définition suivante a été proposée :

"Le terme "[enregistrement] [document porteur] de données commerciales" désigne des informations commerciales échangées ou stockées par des moyens électroniques ou optiques, ou par toute autre technologie analogue, y compris des informations créées ou stockées au moyen d'un échange de données informatisées, de télégrammes, de télex ou de télécopies."

31. Cette proposition a reçu un certain appui. Pour ce qui est de l'utilisation proposée du mot "document", il a toutefois été noté que les règles uniformes devraient éviter de faire référence à un mot semblant renvoyer directement à l'utilisation du papier. En outre, les règles uniformes seraient peut-être mieux acceptées si elles s'écartaient clairement de termes ayant un sens juridique reconnu dans un environnement fondé sur le papier. Par exemple, une nouvelle définition d'un mot tel que "message", qui semblait ne pas avoir de sens juridique établi, serait peut-être plus facilement acceptable qu'une définition élargie d'un terme tel que "document". Il a été convenu que, quel que soit le terme employé, il faudrait englober clairement dans la définition les données créées ou stockées mais non communiquées.

32. Selon un avis, il n'était pas nécessaire et il serait extrêmement difficile de définir de manière satisfaisante des concepts tels que "message de données commerciales", "enregistrement" ou "document". Plutôt que de conditionner l'applicabilité des règles uniformes à de tels concepts, il a été proposé de traiter directement dans les règles uniformes des techniques auxquelles on voulait accorder une reconnais-

sance juridique. Le texte ci-après a été proposé pour remplacer la définition du "message de données commerciales" :

> "Le terme "technologie d'information" désigne toute technologie informatique ou autre, au moyen de laquelle une information ou tout autre élément peuvent être enregistrés ou communiqués sans être ramenés à une forme documentaire".

Un amendement correspondant a été proposé pour l'article premier :

> "Les présentes Règles s'appliquent à la transmission, à la création et au stockage de tout message ou tout autre enregistrement au moyen de tout système de télécommunication ou de toute autre technologie d'information".

Il a toutefois été noté qu'une telle définition serait sans doute trop large et risquerait de rendre les règles uniformes applicables même aux conversations téléphoniques.

33. Le Groupe de travail a convenu qu'il faudrait réévaluer la nécessité de définir la notion des "message de données commerciales" ou toute autre notion sur laquelle se fonderait l'application des règles uniformes après que les dispositions de fond auraient été examinées. Compte tenu des avis exprimés, le Groupe de travail a convenu que la notion de "message de données commerciales" était utile, car elle constituait une base de départ acceptable. Il a toutefois été décidé que cette expression serait placée entre crochets et qu'on y joindrait des termes tels que "enregistrement", "communication" et "document".

"Série de données commerciales"

34. On s'est demandé si la notion de "données commerciales", de même que toute autre référence au "commerce", ne risquait pas de poser des problèmes, car certains pays de *common law* ne disposent pas d'un ensemble séparé de règles de droit commercial et il n'y est pas facile ou habituel d'établir une distinction entre les règles de droit qui s'appliquent aux transactions "commerciales" et celles qui s'appliquent à des domaines plus larges. On a aussi fait état d'autres pays où la notion de commerce n'est pas courante et où sa définition pourrait poser des problèmes. On a d'autre part donné l'exemple de pays où la notion de "commerce" peut être déjà utilisée dans la législation nationale mais être interprétée différemment selon le pays. Il a été déclaré que les textes juridiques précédents de la CNUDCI évitaient de faire inutilement référence à des notions telles que "commerce", à l'exception de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, qui comportait une définition du mot "commercial".

35. Il a également été avancé qu'en accolant l'épithète "commerciales" au nom "données", on risquait d'exclure du champ d'application des règles uniformes tous les autres types d'enregistrements et de messages, par exemple ceux qui sont nécessaires à des fins administratives. Il a été rappelé que le Groupe de travail, à sa session précédente, avait convenu que, si les règles uniformes ne devraient pas traiter expressément des cas où des conditions de forme étaient prescrites par une autorité administrative pour des raisons d'ordre public, les relations entre usagers de l'EDI et pouvoirs publics ne devraient pas être exclues du champ d'application des règles uniformes (A/CN.9/373, par. 48).

"Télégrammes, télex, télécopies ou autres moyens analogues"

36. Le Groupe de travail a convenu que les règles uniformes devraient avoir pour objet d'englober le plus large éventail possible de techniques, qu'elles soient déjà disponibles ou en cours de mise au point. Il a été avancé que l'EDI devrait être distingué des autres méthodes de communication telles que les "télégrammes, télex ou télécopies", qu'il faudrait peut-être définir dans les règles uniformes. Il a été avancé, en tant que critère possible permettant d'établir une distinction entre les "télégrammes, télex ou télécopies" d'une part et l'EDI d'autre part, que les télégrammes, télex et télécopies se fondaient tous au moins en partie sur des communications sur papier. A ce propos, il a été déclaré que, si la notion de "moyens analogues de télécommunication" pouvait être utile dans le contexte de l'EDI, il serait peut-être plus difficile de définir ce que serait une technique "analogue" à un télégramme, un télex ou une télécopie.

"Communications purement verbales"

37. S'il a été convenu que les règles uniformes ne devraient être applicables aux communications purement verbales, il a été noté qu'il existait des techniques mixtes de communication qui pourraient prévoir la transformation de communications orales en enregistrements électroniques. Il a été dans l'ensemble jugé que de telles techniques mixtes de communication devraient être soumises aux règles uniformes. Il a également été noté que les communications purement sur papier devraient être exclues du champ d'application des règles uniformes.

"Enregistrement complet des données"

38. Selon un avis, il serait peut-être excessif d'exiger qu'un "message de données commerciales" constitue dans tous les cas un enregistrement complet des données; on risquerait d'imposer ainsi des conditions plus strictes que celles qui régissent les communications sur papier. On a jugé que le mot "complet" risquait d'exclure du champ d'application des règles uniformes les messages constituant un enregistrement partiel de données stockées ou échangées. En outre, il a été noté qu'il était superflu d'indiquer que le message devait constituer un enregistrement des données, puisque la notion d'"enregistrement" était déjà utilisée dans la définition. Le Groupe de travail a convenu de supprimer les mots "enregistrement complet des données", étant entendu que la notion d'enregistrement serait définie dans les règles uniformes.

39. Après un débat, le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'établir un nouveau projet de définition, compte tenu des observations ci-dessus. Il a été jugé que les enregistrements, les communications et des actes tels que l'établissement des documents en vue de leur publication ou de leur stockage, ainsi que d'autres actes connexes, devraient être englobés dans la définition.

Alinéa b *(Définition de l'"EDI")*

"D'ordinateur à ordinateur"

40. Il a été fait observer que les termes "transmission informatisée" ou "électronique" étaient plus appropriés car les termes "d'ordinateur à ordinateur" pouvaient donner

l'impression que les intermédiaires étaient exclus. Il a été suggéré d'énoncer expressément dans la disposition que l'expression "transmission d'ordinateur à ordinateur de données" n'excluait pas les communications effectuées par le biais d'un intermédiaire.

"Données commerciales selon un mode de présentation uniformisé (format standard)"

41. De l'avis général, le mot "commerciales" devait être supprimé car des données non commerciales, telles que des données administratives, se trouveraient sinon automatiquement exclues. On a fait objection à l'utilisation des termes "mode de présentation uniformisé (format standard)" au motif que l'on pourrait se demander si ces formats désignaient les "formats reconnus" et si la disposition couvrait tous les formats publiquement disponibles ou également les formats exclusifs ou privés.

42. Après un débat, le Groupe de travail est convenu qu'il fallait remplacer le projet de définition de l'EDI par une définition s'inspirant du libellé adopté en 1990 par la Commission économique pour l'Europe de l'ONU dans sa définition d'EDIFACT/ONU qui fait référence à l'échange électronique de données structurées entre systèmes d'information indépendants (Trade/WP.4/171, par. 15).

Alinéa c (Définition d'"Expéditeur")

43. Selon une opinion, compte tenu de la décision du Groupe de travail d'inclure dans le champ d'application des règles uniformes non seulement les informations transmises, mais également les informations créées ou stockées mais non transmises, on risquait, en définissant l'émetteur de ces informations comme "expéditeur", de mettre trop l'accent sur la communication de l'information. Il a été proposé d'employer de préférence un terme tel qu'"initiateur". Il a été reconnu cependant que le projet de définition du terme "expéditeur" englobait les cas où l'information n'était pas communiquée. Il a été convenu qu'il n'était pas nécessaire de prendre une décision au stade actuel quant au terme définitif à retenir mais, de l'avis général, si l'on gardait une définition d'"expéditeur" ou d'"initiateur", il faudrait y indiquer clairement qu'elle ne portait pas sur les personnes agissant en qualité d'intermédiaires.

44. S'agissant de la notion de "personne" employée dans le projet de définition, elle risquait, a-t-on déclaré, de ne pas montrer clairement qu'il fallait aussi entendre par "expéditeur" toute personne morale ou entité juridique pour le compte de laquelle un message était créé. En particulier les messages produits automatiquement par ordinateur sans intervention directe de l'homme devaient être manifestement considérés comme "envoyés" par la personne morale pour le compte de laquelle l'ordinateur était utilisé. Pour ce qui était des messages produits automatiquement, il a aussi été déclaré qu'ils devraient être expressément couverts non seulement dans la définition d'expéditeur mais également dans les règles sur l'efficacité des messages énoncées à l'article 10, et qu'il faudrait prévoir une disposition spéciale pour traiter la question de l'intention d'envoyer un message dans de tels cas. Par ailleurs, l'expression "personne qui envoie un message" risquait d'être interprétée comme désignant aussi tout préposé traitant les données. Il a été proposé de remplacer le mot "personne" par les termes "entité ayant la personnalité juridique". Cette proposition toutefois a été critiquée au motif que dans l'expression anglaise (*"legally responsible entity"*) on ne voyait pas clairement à quelle responsabilité il était fait référence. Les mots "personne physique ou civile" permettraient, a-t-on fait valoir, de couvrir les deux catégories de personnes. Cependant il a aussi été noté que la notion de "personne" avait été employée dans d'autres textes de la CNUDCI, sans que cela ne pose apparemment de problème.

45. Selon une opinion, la distinction faite dans le projet de définition entre une "personne qui envoie un message" et une "personne pour le compte de laquelle un message est présumé avoir été envoyé" était inutile. La définition devrait, a-t-on proposé, être axée sur "la personne au nom de laquelle un message est envoyé", formule qui pourrait englober à la fois la situation de l'expéditeur et celle de l'expéditeur présumé. Selon une autre opinion, toutefois, cette formule était ambiguë car elle n'englobait pas clairement le cas où l'expéditeur véritable agissait sans aucune autorisation de l'expéditeur présumé. Selon une autre opinion encore, la notion d'"expéditeur présumé" pourrait être utile dans le cadre de l'article 10 et devrait être examinée plus avant par le Groupe de travail.

46. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de reprendre ultérieurement les échanges de vues sur une définition possible du mot "expéditeur", soit une fois que le nouveau projet aurait été établi par le Secrétariat, compte tenu des propositions susmentionnées.

Alinéa d (Définition du mot "destinataire")

47. Le projet de disposition a été critiqué au motif qu'il permettait de désigner deux personnes différentes comme destinataires d'un seul message. Il a été proposé d'indiquer clairement que le destinataire était en même temps la personne qui recevait effectivement le message donné et celle à qui il était adressé. Selon une autre suggestion, on pourrait parvenir à ce résultat en remplaçant dans le texte actuel le mot "ou" par "et". Il pourrait, a-t-on aussi fait valoir, être plus approprié d'employer dans le texte anglais des mots tels que "*end user*" ou "*addressee*" plutôt que "*recipient*".

48. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de reporter l'examen de la question jusqu'à ce que les dispositions de fond dans le cadre desquelles la notion de "destinataire" était employée soient étudiées. Il a été convenu que, si l'on retenait une définition du terme "destinataire", celle-ci devrait indiquer clairement qu'un intermédiaire agissant en cette qualité entre un expéditeur et un destinataire n'y était pas inclus.

Alinéa e (Définition d'"intermédiaire")

49. Selon un avis, il ne fallait pas faire dépendre la définition d'"intermédiaire" du fait que ce dernier s'acquittait de sa tâche "dans le cadre ordinaire de ses activités commerciales". On risquait, ce faisant, de laisser penser que la disposition ne couvrait pas les banques ou autres entités dont la principale activité n'était pas de servir d'intermédiaire entre des utilisateurs de messages EDI. Il a été noté, cependant, qu'il n'était fait aucune distinction dans le projet actuel entre le fait qu'une entité offrait des services en tant qu'intermédiaire dans le cadre de ses activités principales ou d'activités secondaires.

50. Toutefois, il a été généralement estimé que le projet de définition du terme "intermédiaire" était trop restrictif dans la mesure où il ne portait que sur une des fonctions possibles d'un intermédiaire, à savoir celle de messager portant des données entre un expéditeur et un destinataire. Il a été convenu qu'il fallait aussi tenir compte dans la définition d'autres fonctions possibles telles que l'enregistrement, le stockage, la préservation ou la traduction de données. Il a été proposé qu'au lieu d'être centrée sur l'activité commerciale d'un intermédiaire, la définition soit axée sur le message et indique clairement que l'intermédiaire était une entité offrant certains services ayant trait au message de données commerciales considéré. Il a aussi été suggéré de fournir une liste illustrant ces services.

51. Selon un avis, l'expéditeur et le destinataire d'un message devaient être expressément exclus de la définition du terme "intermédiaire" pour ce qui était de ce message. En réponse, il a été déclaré que l'on risquait de considérer que des définitions exclusives des termes expéditeurs, destinataires et intermédiaires s'écartaient des définitions adoptées pour ces mêmes termes dans la Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux. Toutefois, il a aussi été déclaré que la Loi type portait essentiellement sur les ordres de paiement, c'est-à-dire sur des segments de l'opération de virement alors que l'approche adoptée dans les règles uniformes ne devait pas être basée sur une telle segmentation. Les règles devraient au contraire être axées sur la validation de la transaction effectuée entre les deux extrêmes de la chaîne de transmission. Une telle approche pourrait conduire à minimiser, relativement, le rôle des intermédiaires qui n'étaient pas parties à cette transaction.

52. Selon un autre avis, il pourrait se révéler inutile d'inclure dans les règles une définition du terme "intermédiaire", s'il était décidé de ne pas garder les dispositions relatives à un intermédiaire. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de prendre note des observations susmentionnées et de reprendre l'examen de ces questions après que les dispositions précises contenant une référence à un "intermédiaire" auraient été examinées.

Article 3. Interprétation des règles uniformes

53. Le texte de projet d'article 3 examiné par le Groupe de travail était le suivant :

"*Article 3. Interprétation des règles uniformes*

"1. Dans l'interprétation des présentes règles, il doit être tenu compte de leur caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité dans leur application et la bonne foi dans le commerce international.

"2. Les questions concernant des sujets régis par les présentes règles, et qui ne sont pas expressément tranchées par elles, seront résolues selon les principes généraux sur lesquels lesdites règles sont fondées ou, en l'absence de tels principes, conformément à la loi applicable en vertu des règles du droit international privé."

Paragraphe 1

54. Le Groupe de travail a noté d'emblée que l'article 3, y compris le paragraphe 1, était établi sur le modèle de l'article 7 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (appelée ci-après Convention des Nations Unies sur les ventes). Des opinions divergentes ont été exprimées quant à l'opportunité de maintenir cet article. Selon un avis, si une disposition de ce type pouvait être utile dans le cadre d'une convention internationale, elle risquait d'être moins adaptée dans une loi type qui, finalement, serait incorporée dans les législations nationales. Le paragraphe 1, a-t-on déclaré, portait uniquement sur l'interprétation des règles uniformes, mais en fait ce serait la législation nationale les incorporant et non les règles elles-mêmes que les tribunaux des pays interpréteraient. Aussi le paragraphe 1 ne s'appliquerait-il tout simplement pas. On a noté avec préoccupation que, dans certains pays, une telle disposition pourrait même être considérée comme inconstitutionnelle. On a rappelé qu'une disposition analogue avait été examinée par le Groupe de travail des paiements internationaux lors de l'élaboration de la Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux et qu'il n'avait pas été possible de parvenir à un consensus sur l'opportunité de retenir une telle disposition dans cet instrument. Il a été proposé que le texte de l'article 3 soit placé entre crochets, afin que le Groupe de travail puisse l'examiner de nouveau lorsqu'une décision aurait été prise quant à la forme définitive que prendraient les règles uniformes.

55. Selon l'avis qui a prévalu, il convenait de conserver le paragraphe 1. On a fait observer que ce paragraphe fournissait d'utiles orientations que les tribunaux et autres autorités nationales ou locales pourraient mettre à profit pour interpréter les règles uniformes. On a indiqué que, dans certains pays, plus particulièrement dans les États fédéraux, il n'était pas rare que des règles types donnent de telles orientations dont l'objet était de limiter la mesure dans laquelle un texte uniforme, une fois incorporé dans la législation locale, pouvait être interprété uniquement par référence aux concepts du droit local. Des mots, comme le mot "commerce", ont été cités comme exemples de notions dont l'interprétation serait facilitée par le paragraphe 1. On a également indiqué qu'il était envisagé d'inclure une disposition allant dans le sens de l'article 3 dans les "Principes en matière de contrats commerciaux internationaux" actuellement élaborés par l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT).

Paragraphe 2

56. D'une manière générale, on s'est accordé à penser que la référence à "la loi applicable en vertu des règles du droit international privé" ne devrait être maintenue que si les règles uniformes étaient finalement adoptées sous forme d'une convention internationale. Dans le cas d'une loi type, une telle référence serait inappropriée car la seule loi applicable serait celle de l'État ayant adopté la loi type.

57. Selon un avis largement partagé, la simple mention des "principes généraux sur lesquels lesdites règles sont fondées" manquait de clarté et on a fait valoir que le texte devrait préciser ce que recouvraient ces principes généraux. Plusieurs propositions ont été faites à cet égard. Selon un avis, les principes ci-après devraient être énumérés au paragraphe 2 : 1) faciliter le commerce électronique entre les États et dans chaque État; 2) valider les opérations conclues au moyen des nouvelles technologies de l'information;

3) promouvoir et encourager l'application des nouvelles technologies de l'information; 4) favoriser l'uniformité du droit entre les États et dans chaque État; et 5) appuyer les pratiques commerciales. Cette proposition a été contestée au motif que, bien que les principes suggérés puissent constituer des déclarations d'intention acceptables dans un préambule ou dans un commentaire concernant les règles uniformes, ils n'étaient pas en soi des principes juridiques du type de ceux qui devraient être mentionnés dans le projet de paragraphe 2. Selon un autre avis, le paragraphe 2 pourrait utilement renvoyer à des principes généraux qui seraient dérivés du texte des règles uniformes. Quant à la nature de ces principes, on a avancé que, par exemple, un principe d'interprétation par analogie pourrait être dérivé de la liste des techniques figurant dans la définition d'un "message de données commerciales". Selon l'avis qui a prévalu, toutefois, par opposition à la législation sur les ventes, dont les principes généraux étaient bien connus et pouvaient être mentionnés globalement dans la Convention des Nations Unies sur les ventes, la pratique juridique internationale concernant l'EDI était trop nouvelle pour que ses principes généraux soient bien compris dans l'usage courant.

58. Si un appui a été exprimé en faveur de la suppression du paragraphe 2, le Groupe de travail, après examen, a convenu qu'il pourrait être utile que le paragraphe 2 fournisse des orientations aux tribunaux et à d'autres autorités nationales et locales quant aux principes juridiques sur lesquels se fondent les règles uniformes. Il a été décidé qu'un nouvel examen serait nécessaire pour déterminer comment ces principes juridiques pourraient être le mieux exprimés.

Article 4. Interprétation des règles

59. Le texte du projet d'article 4 qu'a examiné le Groupe de travail était le suivant :

"Article 4. Interprétation des règles

"1. Aux fins des présentes règles, les indications et autres comportements d'une partie doivent être interprétés selon l'intention de celle-ci lorsque l'autre partie connaissait ou ne pouvait ignorer cette intention.

"2. Si le paragraphe précédent n'est pas applicable, les indications et autres comportements d'une partie doivent être interprétés selon le sens qu'une personne raisonnable de même qualité que l'autre partie, placée dans la même situation, leur aurait donné.

"3. Pour déterminer l'intention d'une partie ou ce qu'aurait compris une personne raisonnable, il doit être tenu compte des circonstances pertinentes, notamment des négociations qui ont pu avoir lieu entre les parties, des habitudes qui se sont établies entre elles, des usages et de tout comportement ultérieur des parties."

60. Le Groupe de travail a noté d'emblée que l'article 4 était établi sur le modèle de l'article 8 de la Convention des Nations Unies sur les ventes. Il a également été indiqué qu'il était envisagé d'inclure dans les "Principes en matière de contrats commerciaux internationaux" en cours de préparation par UNIDROIT une disposition analogue au projet d'article 4. On a été exprimé l'opinion qu'une disposition conçue sur ce modèle pourrait contribuer à guider les tribunaux pour l'examen de questions comme celle de l'interprétation de messages contenant des erreurs ou celle de l'intention des parties dans le cas de messages générés automatiquement par un ordinateur. L'opinion qui a très largement prévalu, cependant, a été que les questions faisant l'objet du projet d'article 4 devraient être réglées directement par les utilisateurs des technologies de l'information dans le cadre de leurs relations contractuelles. Il a également été observé qu'à certains égards le texte du projet d'article 4 pourrait être difficile à concilier avec celui du projet d'article 10.

61. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de supprimer le projet d'article 4.

Article 5. Dérogation conventionnelle

62. Le texte du projet d'article 5 qu'a examiné le Groupe de travail était le suivant :

"Article 5. Dérogation conventionnelle

"Sauf disposition contraire des présentes règles, l'expéditeur et le destinataire d'un message de données commerciales peuvent modifier les droits et obligations découlant des présentes règles."

63. Le principe de l'autonomie des parties sur lequel le projet d'article 5 était fondé a emporté l'adhésion générale. Des points de vue différents ont cependant été avancés quant à la façon dont le principe devrait être énoncé dans les règles uniformes. Selon une opinion favorable au libellé du projet d'article, l'accent devrait être placé sur le principe général de l'autonomie des parties qui devrait prévaloir, à moins qu'il n'en soit expressément disposé autrement dans les règles uniformes. Il a été observé par les tenants de cette opinion qu'outre les accords directs entre expéditeurs et destinataires de messages de données commerciales, il faudrait prévoir le cas des accords conclus avec des intermédiaires et, en particulier, celui des règles des systèmes contractuels établis par les opérateurs de réseaux.

64. Selon une autre opinion, un énoncé général du principe de l'autonomie des parties conçu sur le modèle du projet d'article 5 pourrait être source de certaines difficultés. Il a été dit que les règles uniformes pourraient, dans une certaine mesure, être considérées comme une collection de dérogations aux règles consacrées relatives à la forme des actes juridiques. Il a été rappelé que ces règles consacrées avaient habituellement un caractère obligatoire, car elles étaient généralement l'expression de décisions d'ordre public. On a donc exprimé la crainte qu'une affirmation sans nuance de la liberté pour les parties de déroger aux règles uniformes puisse être interprétée à tort comme autorisant les parties, par une dérogation aux règles uniformes, à déroger aux règles obligatoires adoptées pour des motifs d'ordre public. Il a donc été proposé qu'au moins en ce qui concerne les dispositions contenues dans le chapitre II, les règles uniformes soient considérées comme énonçant les prescriptions formelles minimales et soient, pour cette raison, considérées comme obligatoires, si elles n'en disposaient pas expressément autrement.

65. Après un débat, le Groupe de travail a décidé que le libellé actuel de l'article 5 serait placé entre crochets et que

chaque article des règles uniformes serait examiné en vue de déterminer si les parties devraient être autorisées à déroger à ses dispositions. Il a été convenu que le Groupe de travail, lorsqu'il aurait achevé l'examen des articles restants des règles uniformes, reprendrait l'examen de l'article 5 et déciderait s'il était possible de regrouper dans un article unique traitant de l'autonomie des parties toutes les exceptions au caractère impératif des règles uniformes.

Chapitre II. Conditions de forme

Article 6. Équivalent fonctionnel de l'"écrit"

66. Le texte de projet d'article 6 examiné par le Groupe de travail était le suivant[5] :

"Article 6. Équivalent fonctionnel de l'"écrit"

"1. *Variante A :* Par "écrit", on désigne notamment les télégrammes, les messages télex [télécopies, messages EDI, courrier électronique] et tout autre message de données commerciales qui assure la préservation des renseignements y figurant et peut être reproduit sous une forme [tangible] [propre à être lue] [ou de toute autre façon requise par la loi applicable];

"*Variante B :* Dans les situations juridiques où un "écrit" est requis [explicitement ou implicitement], on doit entendre par "écrit" toute inscription sur un support quelconque apte à transmettre dans leur intégralité les informations contenues dans l'inscription [intentionnellement préservée ou transmise et] qui peuvent être reproduites sous une forme propre à être lue;

"*Variante C :* Toute forme d'enregistrement électronique [ou analogue] d'une information est réputée être un équivalent fonctionnel de l'"écrit", à condition que l'information puisse être reproduite sous une forme visible et intelligible et qu'elle puisse être préservée en tant qu'enregistrement;

"*Variante D : a)* Aux fins d'une règle de droit qui exige expressément ou implicitement que certaines informations soient enregistrées ou présentées sous forme écrite, toute forme d'enregistrement électronique [ou analogue] de l'information est réputée être un équivalent de l'écrit, à condition que l'enregistrement électronique [ou analogue] remplisse les mêmes fonctions qu'un document sur papier;

b) En déterminant si un enregistrement remplit les mêmes conditions qu'un écrit, il sera tenu dûment compte de tout accord conclu entre les parties en ce qui concerne le statut de cet enregistrement.

"2. Aux fins du présent article, on entend par "enregistrement" une représentation symbolique durable de l'information sur une forme objectivement perceptible ou susceptible d'être reproduite sous une forme objectivement perceptible.

"3. Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas aux situations suivantes : [...]"

[5] Pour l'examen des projets d'article 6, 7 et 8, le Groupe de travail s'est basé sur le texte d'une note du Secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.57) mais il a aussi tenu compte du texte d'une proposition de la délégation du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (voir A/CN.9/WG.IV/WP.58). Le texte de la proposition est reproduit dans la deuxième partie, III, B, 2, annexe, du présent volume.

Paragraphe 1

Variantes A et B

67. On a fait valoir que les deux variantes, et en particulier la variante A, renfermaient des éléments utiles qui devraient être pris en considération par le Groupe de travail. Par exemple, on a indiqué que la liste des techniques de communication figurant dans la variante A pourrait être maintenue. D'une manière générale, on a toutefois estimé que les deux variantes A et B tendaient à donner une définition élargie de la notion d'"écrit", ce qui paraissait moins approprié que l'approche de l'"équivalent fonctionnel" retenue dans les variantes C et D. Après un échange de vues, le Groupe de travail a décidé de délibérer sur la base des variantes C et D.

Variantes C et D

68. Beaucoup ont exprimé leur appui à la variante C, faisant valoir qu'elle établissait clairement les caractéristiques auxquelles devait répondre un message de données commerciales pour être reconnu comme l'équivalent fonctionnel d'un "écrit". La variante D a été critiquée au motif qu'elle renfermait une condition générale selon laquelle il fallait que les messages de données commerciales "remplissent les mêmes fonctions" qu'un document sur papier, ce qui manquait de clarté et risquait de donner lieu à une certaine ambiguïté d'un point de vue juridique. On a également rappelé que, lors de séances précédentes, de nombreuses fonctions possibles de l'"écrit" avaient été mises en évidence. On a indiqué qu'une disposition allant dans le sens de la variante D pourrait être interprétée comme disposant que, dans tous les cas, les messages de données commerciales doivent remplir toutes les fonctions concevables de l'écrit. On a admis en général qu'une telle interprétation reviendrait à appliquer aux messsages de données commerciales des dispositions plus strictes que celles auxquelles les documents sur papier sont actuellement soumis. On a fait valoir qu'en fixant une condition stipulant que certaines informations devaient être présentées par écrit, le législateur visait en général des fonctions spécifiques de l'"écrit", par exemple, sa fonction de preuve dans le cadre du droit fiscal ou sa fonction d'avertissement dans le cadre du droit civil, et que la nécessité de spécifier la fonction attribuée à une forme pourrait entraîner des incertitudes juridiques.

69. On a estimé que des critères supplémentaires devraient être inclus dans la variante C, afin de définir un critère d'équivalence de l'"écrit" auquel devraient satisfaire les messages de données commerciales. Par exemple, les critères suivants ont été suggérés : intégrité des données; sécurité des méthodes d'enregistrement contre les possibilités de falsification des données; durabilité et inaltérabilité de l'enregistrement. On a déclaré qu'en l'absence de garanties permettant d'assurer l'intégrité des données, un enregistrement électronique pouvait (contrairement à un document sur papier) être modifié par inadvertance ou encore subir plus facilement des modifications délibérées difficiles à détecter; aucun original ne pouvant exister, il était en outre plus difficile d'établir que les données n'avaient pas été modifiées si des précautions n'avaient pas été prises. Toutefois, on a estimé d'une manière générale qu'une condition prévoyant que les informations devaient être présentées sous une forme écrite pourrait, en tant que telle, être considérée comme une condition de forme assez peu contraignante qui ne devait pas être confondue avec les conditions plus strictes concernant, par

exemple, la présentation d'un écrit "signé" ou de documents "originaux". Compte tenu de la manière dont ces questions comme l'intégrité des données et la protection contre les risques de fraude étaient traitées pour la documentation sur papier, on a convenu qu'un document entaché de fraude serait néanmoins considéré comme un "écrit".

70. Le Groupe de travail a estimé qu'en fixant les critères applicables à un équivalent fonctionnel du papier, les règles uniformes devraient mettre l'accent sur la notion essentielle mentionnée dans le projet actuel de la variante C, à savoir un "enregistrement" qui puisse être reproduit et lu. On a convenu que l'existence d'un tel enregistrement représentait la caractéristique fondamentale d'où découlaient toutes les autres caractéristiques ou fonctions de l'"écrit".

71. Toutefois, on a estimé, d'une manière générale, qu'il conviendrait peut-être de modifier la structure de la variante C pour montrer à quelles fins un "écrit" était requis. On a proposé que les premiers mots de la variante D soient intégrés à la variante C. On a toutefois estimé que le texte des variantes C et D devrait être davantage modifié pour qu'il apparaisse clairement que la notion d'équivalent fonctionnel de l'"écrit" s'applique non seulement lorsqu'il est expressément stipulé qu'un document doit être présenté par écrit, mais également dans les cas où certaines conséquences juridiques découleraient normalement de la présentation d'un document écrit. Diverses opinions ont été exprimées sur la manière dont on pourrait parvenir à ce résultat. Selon l'avis qui a prévalu, les premiers mots de la variante D devraient être intégrés comme suit à la variante C :

> "Aux fins de toute règle de droit qui, expressément ou implicitement, dispose que certaines informations doivent être enregistrées ou présentées sous forme écrite, ou se fonde sur l'existence d'un écrit, ...".

72. Plusieurs améliorations au texte des variantes C et D ont été proposées. L'une d'elles tendait à ajouter une référence aux "coutumes ou pratiques" après les mots "Aux fins d'une règle de droit" au début de la variante D, une autre, à ce que les mots "est réputée être un équivalent fonctionnel de l'écrit" dans le texte de la variante C soient remplacés par les mots "remplit cette condition"; une autre encore, concernant la variante C, à ce que, outre les mots "visible et intelligible", les mots "lisible" et "interprétable" soient inclus dans le projet de disposition aux fins d'examen par le Groupe de travail lors d'une session ultérieure. A cet égard, on a estimé que, si le mot "lisible" était maintenu, il faudrait trouver un libellé approprié pour préciser que le texte vise à la fois les cas où un enregistrement est "lisible par l'homme" et les cas où un enregistrement est "déchiffrable par machine" uniquement. Selon une autre proposition, les équivalents fonctionnels de l'écrit ne devaient pas "exiger de traduction ou de conversion sur un autre support pour que leur sens soit exprimé" ou ils devaient "pouvoir se prêter à une telle traduction ou conversion". Selon une autre proposition encore, les mots "sur demande" devaient être ajoutés à la fin de la variante C. On a fait observer toutefois que, si la modification proposée était maintenue, il serait peut-être nécessaire d'indiquer dans cette disposition de qui émanait la demande. On a en outre suggéré que les mots "données informatisées" soient substitués aux mots "enregistrement électronique [ou analogue] d'une information", qui risquaient d'être source d'incertitudes dans la mesure où la formule "analogue" à un enregistrement électronique n'était pas claire.

73. Après un échange de vues, le Groupe de travail a prié le secrétariat de revoir la formulation du paragraphe 1, afin de prendre en considération les propositions et les préoccupations qui avaient été exprimées.

Paragraphe 2

74. On a estimé qu'il n'était pas utile de définir le mot "enregistrement" dans la mesure où son sens découlait de l'expression "message de données commerciales" définie à l'article 2, mais, selon l'opinion qui a prévalu, une telle définition était néanmoins nécessaire. Au sein du Groupe de travail, beaucoup ont été favorables à l'opinion selon laquelle cette définition devait figurer à l'article 2, de manière à être applicable à l'ensemble des règles uniformes.

75. On a suggéré que le mot "durable" soit supprimé, puisque la notion de durée était implicite dans le mot "enregistrement", et dans la mesure où une référence expresse à la durabilité soulevait la question de savoir combien de temps un enregistrement devait être conservé. On a proposé, au cas où le mot "durable" serait supprimé, que la notion de durée d'un enregistrement soit exprimée par l'ajout du mot "ultérieurement" après les mots "susceptible d'être reproduite". Selon une autre proposition, il fallait réexaminer le mot "symbolique" car il risquait de ne pas vraiment s'appliquer à toutes les informations qui devaient être visées, à savoir les informations textuelles, numériques et graphiques. En outre, on a jugé que le mot "perceptible" n'était peut-être pas clair, car il n'indiquait pas si l'information "perçue" devait, en outre, être compréhensible.

76. On a suggéré qu'en définissant le mot "enregistrement", le Groupe de travail tienne compte des définitions pertinentes proposées par d'autres organisations internationales, comme l'Organisation internationale de normalisation. On a soumis pour examen le libellé suivant : "On entend par "enregistrement" des données susceptibles d'être reproduites avec exactitude ultérieurement".

77. Après un échange de vues, le Groupe de travail a prié le secrétariat de revoir la formulation du paragraphe 2, afin de prendre en considération les propositions et préoccupations qui avaient été exprimées.

Paragraphe 3

78. Il a été proposé que la substance du paragraphe 3 fasse l'objet d'une note de bas de page ou soit placée entre crochets, afin de ne pas encourager les États à limiter l'applicabilité de l'article 6. Il a aussi été proposé, de manière plus générale, que la formulation des règles uniformes ne constitue pas pour les États une invitation à en limiter l'applicabilité. On a estimé d'une manière générale qu'en tout état de cause les règles uniformes devraient contenir une formulation uniforme quant à la manière dont les États pouvaient limiter l'applicabilité des règles uniformes. Les titres de propriété, les chèques et les documents requis par le droit des sociétés ont été mentionnés comme des cas possibles auxquels un État tiendrait peut-être à se référer dans une disposition allant dans le sens du paragraphe 3.

79. Le libellé ci-après a été proposé comme solution de substitution au projet de paragraphe 3 : "Aucune disposition du présent article n'empêche un État d'adopter d'autres conditions concernant l'écrit, y compris des conditions relatives à l'emploi d'un support particulier". On a fait observer qu'un tel libellé serait approprié si les règles uniformes faisaient l'objet d'une convention, mais que le texte actuel conviendrait mieux à une loi type.

80. Après un échange de vues, le Groupe de travail a prié le Secrétariat de revoir la formulation du paragraphe 3 afin de prendre en considération les propositions et préoccupations qui avaient été exprimées.

Article 7. Équivalent fonctionnel de la "signature"

81. Le texte du projet d'article 7 examiné par le Groupe de travail était le suivant[5] :

"1. Lorsque la signature d'une personne est requise en vertu d'une règle de droit, cette condition sera réputée remplie en ce qui concerne un message de données commerciales si :

a) Une méthode est utilisée pour identifier l'expéditeur du message et le mode d'identification de l'expéditeur est dans les circonstances une méthode [commercialement] raisonnable de sécurité contre des messages non autorisés;

b) Une méthode d'identification de l'expéditeur a été convenue entre ledit expéditeur et le destinataire du message et cette méthode a été utilisée.

"2. Pour déterminer si une méthode d'identification de l'expéditeur d'un message est [commercialement] raisonnable, certains facteurs doivent être pris en compte, notamment les suivants : le statut et l'importance économique comparative des parties; la nature de leur activité commerciale; la fréquence des opérations commerciales entre les parties; la nature et l'importance de l'opération commerciale; la fonction de la signature; la capacité des systèmes de communication; l'observation des coutumes et pratiques commerciales; l'observation des procédures d'authentification établies par les intermédiaires; la série de procédures d'authentification communiquée par un intermédiaire; l'existence de mécanismes d'assurance contre les messages non autorisés; et tous autres facteurs pertinents.

"3. Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas aux situations suivantes : [...]."

Paragraphe 1

82. Le Groupe de travail a convenu d'inverser l'ordre des alinéas *a* et *b*, afin d'indiquer clairement que la méthode d'identification de l'expéditeur était avant tout fonction de la convention conclue entre les parties et que le critère énoncé au paragraphe *a* ne s'appliquait qu'en l'absence d'une telle convention.

83. Il a été noté que la signature avait pour fonction d'identifier l'expéditeur et aussi d'indiquer que l'expéditeur approuvait la teneur du message. Il a été convenu que ces deux fonctions devraient être énoncées au paragraphe 1. Selon un avis, la notion d'"authentification" devrait être incorporée à la définition de l'équivalent fonctionnel de la "signature" de façon à bien préciser qu'un tel équivalent désignait aussi une méthode par laquelle l'auteur du message ou de l'enregistrement signifiait qu'il approuvait l'information qui y était contenue. Il a été déclaré que cette notion, qui était couramment utilisée dans le contexte de l'EDI, se rattachait aux deux fonctions de la signature. Toutefois, le mot "authentification" risquait de poser des problèmes, car il ne serait sans doute pas interprété de manière uniforme. Il a été jugé que, si l'on utilisait dans les règles uniformes des concepts tels que l'"authentification", il faudrait en établir une définition. Il a également été jugé qu'il faudrait peut-être éclaircir les liens entre des concepts tels que "identification", "authentification" et "autorisation".

84. Il a été avancé que, lors de l'élaboration de l'article 7, le Groupe de travail devrait garder présent à l'esprit la définition de la "signature" figurant à l'article 5 *k* de la Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux.

85. Diverses suggestions ont été faites à propos des expressions à utiliser pour décrire le critère permettant d'évaluer le caractère raisonnable de la méthode utilisée pour identifier l'expéditeur et authentifier la teneur d'un message. Selon un avis, l'expression "commercialement raisonnable" était appropriée, car elle était facile à comprendre pour les milieux commerciaux. Il a été noté que la même expression était utilisée à l'article 5 de la Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux dans un contexte similaire et que les règles uniformes ne devraient pas s'écarter de ce précédent. Des réserves ont toutefois été exprimées quant à cette expression. Il a été déclaré que le sens du mot "raisonnable" n'était pas clair et que, dans certains pays, ce mot n'était pas normalement utilisé à des fins d'interprétation juridique. Il a également été indiqué que dans d'autres pays, si le mot "raisonnable" pourrait être acceptable dans la mesure où les tribunaux avaient l'habitude de l'interpréter dans divers contextes, le sens du mot "commercial" n'était pas clair, notamment si le caractère raisonnable d'une méthode donnée devait être évalué par référence à "toutes les circonstances", expression qui semblait renvoyer à l'activité commerciale des parties.

86. D'autres suggestions ont été faites pour ce qui est de l'expression du critère énoncé à l'alinéa *a*. Selon un avis, la méthode utilisée pour identifier l'expéditeur et authentifier la teneur d'un message devrait être "appropriée" ou "techniquement appropriée". Selon un autre avis, on pourrait retenir un libellé tel que le suivant : "une méthode d'authentification est suffisante si elle est aussi fiable qu'il est approprié dans toutes les circonstances aux fins desquelles la communication a été effectuée" et "la législation nationale peut déterminer quels types d'authentification sont appropriés à des fins particulières". Pour ce qui est de la deuxième partie de cette suggestion, on s'est demandé si elle ne risquerait pas de faire obstacle à l'uniformité. Selon un autre avis encore, qui a reçu un appui considérable, il faudrait disposer que la méthode d'identification de l'expéditeur doit être conforme aux "usages commerciaux", notion qui était bien comprise dans les systèmes juridiques nationaux. Il a toutefois été noté que, si les parties décidaient d'utiliser une nouvelle méthode d'authentification électronique, cette nouvelle méthode pourrait être considérée comme raisonnable, sans qu'aucun usage commercial relatif à cette méthode ne se soit encore établi.

87. Après un débat, le Groupe de travail a décidé que le prochain projet de paragraphe 1 devrait tenir compte des suggestions ci-dessus en tant que variantes possibles.

Paragraphe 2

88. Le paragraphe 2 a reçu un certain appui, car on a noté qu'il donnait des indications utiles pour l'évaluation du caractère commercialement raisonnable de la méthode d'authentification. Pour ce qui est de la substance de ce paragraphe, selon certaines suggestions, il faudrait réexaminer les facteurs qui y étaient mentionnés, afin notamment de déterminer s'ils offraient des critères pertinents pour l'évaluation. Il a été déclaré que, par exemple, le statut et l'importance économique comparative des parties et l'existence de mécanismes d'assurance ne devraient pas figurer dans cette disposition.

89. Toutefois, selon l'avis qui a prévalu, les règles uniformes n'étaient pas l'instrument approprié pour énumérer ces facteurs, notamment puisque le paragraphe 2 laissait une grande liberté en ce qui concerne l'importance à accorder à ces facteurs pour arriver à une conclusion. Il a été jugé plus approprié de faire de ces facteurs un élément des travaux préparatoires qui pourraient être examinés par les autorités appliquant les règles uniformes.

Paragraphe 3

90. Le Groupe de travail a convenu que l'article 7-3 devrait être présenté de la même manière que l'article 6-3 (voir ci-dessus, par. 78 à 80).

Article 8. Équivalent fonctionnel d'un "original"

91. Le texte du projet d'article 8 examiné par le Groupe de travail était le suivant[5] :

"Article 8. Équivalent fonctionnel d'un "original"

"1. *Variante A* : Un message émis par des moyens électroniques sur un support quelconque sera considéré comme un original, doté de la même valeur probante que s'il était sur papier, sous réserve que les conditions suivantes soient observées : la qualité d'original est attribuée au message par l'émetteur originaire de l'information; le message est signé et horodaté; il est accepté comme original de façon implicite ou explicite par l'accusé de réception du destinataire.

"*Variante B* : Le caractère légal ne peut être refusé à des messages de données commerciales uniquement comme une conséquence de l'application d'une condition selon laquelle un document devait être présenté sous forme originale.

"*Variante C* : Si une règle de droit prescrit qu'un document doit être présenté sous la forme originale, cette prescription sera observée par la présentation d'un message de données commerciales ou sous la forme de la sortie d'imprimante d'un tel message si :

a) Il existe une identification fiable de l'auteur du message;

b) Il existe une assurance fiable de l'intégrité du contenu du message tel qu'il a été expédié et reçu;

c) L'expéditeur et le destinataire du message sont expressément convenus que le message serait considéré comme équivalant à un document original sur papier.

"2. Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas aux situations suivantes : [. . .]."

Variante A

92. La variante A a été critiquée au motif qu'elle ne mettait pas suffisamment l'accent sur les fonctions remplies par les documents originaux lorsque la documentation est sur papier. On a également indiqué que le texte de la variante A pourrait avoir pour conséquence que les conditions appliquées aux messages de données commerciales seraient plus strictes que celles régissant actuellement les originaux sur papier. Après délibération, le Groupe de travail a décidé de supprimer la variante A.

Variante B

93. On a estimé également que la variante B ne mettait pas suffisamment l'accent sur les fonctions de l'original. Toutefois, on a vivement appuyé l'approche retenue dans cette variante qui, selon les avis exprimés, énonçait un principe utile pour renforcer la validité des opérations électroniques. On a fait valoir que, dans un certain nombre de pays, il était nécessaire de prévoir une disposition générale indiquant que le caractère légal ne pouvait être refusé à des messages de données commerciales uniquement du fait de leur présentation sous forme électronique. A cet égard, on a estimé qu'il conviendrait peut-être de préciser la notion de reconnaissance du caractère légal "*legal recognition*", en particulier par comparaison avec des notions telles que "validité", "force exécutoire", "effectivité" et "admissibilité". Toutefois, on a également indiqué qu'une disposition allant dans le sens de la variante B pourrait être considérée comme inappropriée si des équivalents fonctionnels étaient prévus dans les règles uniformes pour les conditions de forme, comme l'utilisation d'un "écrit", d'une "signature" ou d'un "original".

94. Après délibération, il a été convenu qu'une disposition allant dans le sens de la Variante B devrait figurer dans un article distinct et qu'il conviendrait d'envisager d'élargir la portée de cette disposition afin de préciser que le caractère légal ne peut être refusé à des messages de données commerciales uniquement du fait de leur forme électronique.

Variante C

95. Le débat a porté sur la question de savoir à quelles fins on pourrait exiger que l'information soit présentée sous la forme de documents originaux. On a considéré qu'un original pouvait être requis eu égard aux critères suivants : 1) admissibilité des documents comme moyen de preuve; 2) force probante de l'information invoquée comme moyen de preuve; 3) Autres fins, par exemple dans le cadre de règles spécifiques concernant les titres de propriété et autres effets de commerce. S'agissant des fonctions remplies par l'original, on a estimé que si, dans tous les cas où un original était requis, la notion d'intégrité de l'information contenue dans le document était essentielle, la notion d'unicité d'un original méritait aussi d'être envisagée dans certains contextes comme celui des effets de commerce.

96. A partir de cette analyse, des doutes ont été exprimés quant à la question de savoir s'il était vraiment nécessaire de prévoir une disposition concernant la notion d'"original" dans les règles uniformes, du moins pour le moment. On a fait observer que les questions de preuve, qu'elles aient trait à l'admissibilité ou à la force probante des documents, devraient être traitées à l'article 9. Eu égard aux questions intéressant spécifiquement les titres de propriété et les effets de commerce, on a indiqué qu'il faudrait peut-être élaborer ultérieurement des dispositions particulières, mais que de telles dispositions n'étaient pas pour le moment l'objet principal des règles uniformes.

97. Le Groupe de travail a convenu de reprendre ultérieurement le débat sur la question de l'"original". Il a été décidé qu'une disposition allant dans le sens de la variante C devrait être maintenue dans les règles uniformes, mais que le texte devrait mieux mettre en évidence l'ensemble des fonctions remplies par l'original. Le Groupe de travail a aussi convenu qu'il faudrait modifier l'ordre des alinéas *a*, *b* et *c* afin d'indiquer plus clairement que l'accord entre les parties sur ce qui constituait un équivalent fonctionnel de l'"original" devait avoir prévalence et que le critère spécifié aux alinéas *a* et *b* s'appliquait uniquement en l'absence d'un tel accord.

Article 9. Valeur probante des données commerciales

98. Le texte du projet d'article 9 examiné par le Groupe de travail était le suivant :

"*Article 9. Valeur probante des données commerciales*

"1. *Variante A* : Un message de données commerciales est admis comme preuve sous réserve qu'il soit présenté sous une forme [tangible] [lisible par l'homme] [et s'il est indiqué que le message a été envoyé et stocké d'une manière fiable].

"*Variante B* : Dans une procédure judiciaire, aucun élément dans l'application des règles de la preuve ne s'appliquera qui empêche l'admission d'un message des données commerciales à titre de preuve sous prétexte qu'il a été conçu [électroniquement] par un ordinateur ou stocké dans un ordinateur.

"2. Un message de données commerciales a [valeur probante] [la même valeur probante qu'un document écrit contenant les mêmes données] à condition qu'il soit établi que le message a été produit et stocké d'une manière fiable.

"3. Dans l'évaluation de la fiabilité de la manière dont un message de données commerciales a été produit et stocké, les éléments suivants seront pris en considération : la méthode d'enregistrement des données, l'efficacité des mesures prises pour protéger contre l'altération des données; l'efficacité de l'entretien des porteurs des données; la méthode utilisée pour l'authentification du message."

Titre

99. Il a été convenu que le titre de l'article 9 serait libellé comme suit : "Admissibilité et valeur probante des messages de données commerciales", car l'article 9 traitait à la fois de l'admissibilité des messages de données commerciales dans une procédure judiciaire et de leur valeur probante.

Paragraphe 1

100. Le Groupe de travail a accepté dans l'ensemble le principe énoncé, selon lequel les messages des données commerciales ne devraient pas être rejetés en tant que moyens de preuve dans une procédure judiciaire au seul motif qu'ils étaient sous forme électronique. Il a été déclaré que ce principe était important également du fait de sa valeur "éducative", même dans les pays où l'admissibilité en preuve est absolue. Le Groupe de travail a ensuite étudié comment ce principe devrait être énoncé.

101. La variante A a été critiquée au motif qu'elle était trop restrictive, puisqu'elle énonçait un certain nombre de conditions que devaient remplir les messages de données commerciales pour être admis en preuve dans une procédure judiciaire. Il a été avancé que cette variante risquait d'avoir pour effet involontaire de faciliter l'exclusion de moyens de preuve au seul motif qu'ils étaient sous forme électronique. En outre, il a été déclaré qu'une telle approche de l'admissibilité non seulement frapperait d'une discrimination indue les messages de données commerciales, mais en outre ne serait pas acceptable dans des systèmes juridiques admettant tous les moyens de preuve. Il a été ajouté que les règles uniformes ne devraient pas introduire, pour les messages de données commerciales, des restrictions en matière d'admissibilité qui n'étaient pas imposées pour les documents sur papier.

102. Selon l'avis qui a prévalu, la variante B exprimait de manière plus satisfaisante le principe selon lequel la forme sous laquelle un message de données commerciales était créé, communiqué ou stocké ne devrait pas en soi en déterminer l'admissibilité. Plusieurs propositions ont été faites quant à la forme de la variante B, que le Secrétariat a été prié de prendre en compte lorsqu'il élaborerait le nouveau projet d'article 9. Il a été avancé qu'il faudrait ajouter les mots "le seul" avant le mot "prétexte", afin qu'il soit bien clair que l'on ne pourrait rejeter un message de données commerciales au simple motif qu'il était sous forme électronique. On s'est demandé si un tel ajout ne risquerait pas de susciter des incertitudes sur le point de savoir si une objection à l'encontre d'un message de données commerciales pourrait être considérée comme fondée sur ce motif et non sur d'autres motifs. Il a également été avancé que l'on pourrait ajouter, après les mots "sous prétexte" les mots suivants : "qu'il s'agit de l'enregistrement d'un message transmis par des moyens électroniques, ou qu'il s'agit d'un enregistrement créé par ordinateur ou sous une forme électronique". Il a été déclaré que la première partie du libellé proposé visait à couvrir la télécopie et que la seconde avait pour objet de bien préciser qu'un système informatique pourrait être en jeu et pas seulement un ordinateur unique.

Paragraphes 2 et 3

103. Le Groupe de travail a noté que le paragraphe 2 avait pour objet d'énoncer que les messages de données commerciales avaient valeur probante, alors que le paragraphe 3 visait à indiquer comment évaluer cette valeur probante. Des avis divergents ont été exprimés sur le point de savoir s'il était nécessaire ou souhaitable de retenir les paragraphes 2 et 3. Selon un avis, ces paragraphes devraient être supprimés. Il a été déclaré à l'appui de cet avis que le principe de l'admissibilité était déjà énoncé au paragraphe 1 et que l'évaluation de la valeur probante des messages de données com-

merciales devait être laissée aux tribunaux nationaux. En outre, même si l'énumération figurant au paragraphe 3 des facteurs à prendre en considération dans l'évaluation de la valeur probante des messages de données commerciales n'était pas exhaustive, ce paragraphe risquait de laisser entendre que seuls ces facteurs étaient à prendre en considération. Selon un autre avis, le paragraphe 2 devrait être retenu, car il énonçait le principe selon lequel les messages de données commerciales avaient une valeur probante, mais le paragraphe 3 devrait être supprimé, l'évaluation de cette valeur probante étant laissée aux tribunaux nationaux. Selon un autre avis encore, il fallait que le paragraphe 2 s'entende "sous réserve du paragraphe 3", afin qu'il soit bien clair que le paragraphe 2 énonçait un principe, alors que le paragraphe 3 donnait des orientations quant à l'application de ce principe.

104. Selon l'avis qui a prévalu, les règles uniformes devraient comporter des dispositions reprenant pour l'essentiel les règles énoncées aux paragraphes 2 et 3, à savoir qu'il ne fallait pas refuser la valeur probante des messages de données commerciales au simple motif qu'ils étaient sous forme électronique et qu'il faudrait donner aux tribunaux des orientations quant aux facteurs à prendre en considération pour évaluer cette valeur probante. Il a été noté qu'en incluant de telles orientations, on favoriserait l'application uniforme des règles.

105. Un échange de vues a eu lieu pour savoir si la règle énoncée au paragraphe 2 devait concerner une comparabilité entre un message de données commerciales et un document écrit, comme c'était le cas dans le libellé actuel, ou si la disposition devait donner au message de données commerciales une valeur probante particulière, à déterminer librement par les tribunaux. Selon une opinion, un des principaux objectifs des règles uniformes devait être de placer les messages de données commerciales sur le même plan que les documents écrits en matière de règles de la preuve. Il fallait donc partir du principe que les messages de données commerciales avaient la même valeur probante que les documents écrits. Selon l'avis qui a prévalu cependant, il était difficile de comparer dans l'abstrait les messages de données commerciales avec les documents écrits et de leur donner automatiquement et dans tous les cas la même valeur probante. Il n'était pas justifié, a-t-on déclaré, d'accorder aux messages de données commerciales la même valeur probante qu'à un document écrit qui, dans certains cas, pouvait ne pas exister. On a fait observer par ailleurs que même si un tel document existait, il pourrait, selon les circonstances, avoir une valeur probante inférieure ou supérieure à celle d'un message de données commerciales mais pas nécessairement identique. Un autre libellé a été proposé, conçu comme suit : "La valeur devant être accordée à un message est la même, quelle que soit la forme sous laquelle il a été créé, stocké ou communiqué". Cette proposition n'a pas bénéficié d'un appui, en particulier parce qu'il y était fait référence à la "même" valeur probante sans qu'il soit indiqué à quoi se rapportait le mot "même".

106. Il a été proposé de supprimer la dernière partie du paragraphe 2 commençant par les mots "à condition", pour les mêmes raisons que celles qui avaient conduit à ne pas retenir la variante A du paragraphe 1, qui contenait un libellé analogue (voir par. 101). Cette proposition n'a pas été appuyée car on a estimé que la première partie du paragraphe 2 n'ajouterait rien au principe de l'admissibilité déjà énoncé au paragraphe 1. En outre, il a été fait observer qu'il serait possible de rendre plus clair le libellé du paragraphe 2 en trouvant des mots précis permettant d'englober le cycle de vie complet d'un message de données commerciales. On a estimé, à cet égard, qu'il pourrait être nécessaire d'examiner plus avant, dans le cadre de l'élaboration des règles uniformes, la notion de cycle de vie d'un message.

107. Le Groupe de travail a ensuite examiné une proposition, appuyée par tous les membres, visant à regrouper les paragraphes 2 et 3. Le nouveau projet de texte, à établir par le Secrétariat, indiquerait que les messages électroniques ne devraient pas être éliminés en raison de leur forme. Il devrait en outre donner des indications sur la façon d'évaluer la valeur probante d'un message de données commerciales. Le libellé suivant a été proposé :

> "2. Un message de données commerciales se voit accorder la force probante voulue. Lors de l'évaluation de la force probante d'un message de données commerciales produit par ordinateur ou stocké sous forme informatique, il est tenu compte de la fiabilité du mode de production et de stockage du message et, le cas échéant, de la fiabilité de son mode d'authentification."

Selon une autre suggestion, pour qu'il soit parfaitement clair qu'un message de données commerciales ne devrait pas être traité différemment en raison de sa forme électronique, il convenait d'ajouter après les mots "se voit accorder", les mots "malgré sa forme électronique" dans la première phrase du nouveau libellé du paragraphe 2 proposé. Des doutes ont été exprimés à ce propos, car le nouveau libellé aboutirait à répéter les termes forme électronique.

108. Le Groupe de travail a pris note d'une suggestion tendant à faire également référence dans l'article 9 à la nécessité d'admettre un message électronique comme original, dans les termes suivants : "Dans toute procédure judiciaire, aucun élément dans l'application des règles de la preuve ne sera utilisé pour empêcher l'admission d'un message de données commerciales à titre de preuve au seul motif qu'il ne s'agit pas d'un document original, s'il constitue la meilleure preuve que la personne le présentant peut raisonnablement obtenir".

109. Avant la fin du débat sur le chapitre II, il a été déclaré que le titre du chapitre, à savoir "conditions de forme", prêtait à confusion dans la mesure où ledit chapitre portait sur les conditions de forme des documents écrits et non des messages de données commerciales. Il a été proposé, s'il se révélait impossible de déterminer et de réglementer les conditions de forme des messages de données commerciales, de réexaminer le titre du chapitre.

Chapitre III. Communication de messages de données commerciales

Article 10. [Nature contraignante] [Efficacité] des messages de données commerciales

110. Le texte du projet d'article 10 examiné par le Groupe de travail était le suivant :

> "1. L'expéditeur [est lié par] [est réputé avoir approuvé] le contenu d'un message de données commerciales [ou

une modification ou la révocation d'un message de données commerciales] si ce message a été émis par l'expéditeur [ou pour son compte] ou par toute autre personne qui avait le pouvoir de le lier.

"2. Lorsqu'un message de données commerciales [ou une modification ou une révocation d'un message de données commerciales] doit faire l'objet d'une authentification, un expéditeur apparent qui n'est pas lié en application du paragraphe 1 est néanmoins [lié] [réputé avoir approuvé le contenu du message] :

a) Si l'expéditeur apparent et le destinataire sont convenus de certaines procédures d'authentification;

b) Si l'authentification est, compte tenu des circonstances, une méthode commercialement raisonnable de protection contre les messages de données commerciales non autorisées;

c) Si le destinataire a respecté la procédure d'authentification.

"3. L'expéditeur et le destinataire d'un message de données commerciales [sont] [ne sont pas] autorisés à convenir qu'un expéditeur apparent est lié en application du paragraphe 2 si, compte tenu des circonstances, l'authentification n'est pas commercialement raisonnable.

"4. Un expéditeur apparent n'est toutefois pas lié en application du paragraphe 2 s'il prouve que le message qu'a reçu le destinataire résulte des actes d'une personne qui n'est ni :

a) Un employé ou un ancien employé de l'expéditeur apparent;

b) Une personne qui, de par sa relation avec l'expéditeur apparent, a eu accès à la procédure d'authentification.

La phrase qui précède ne s'applique pas si le destinataire prouve que le message de données commerciales résulte des actes d'une personne qui a eu accès à la procédure d'authentification par la faute de l'expéditeur apparent.

"5. Un expéditeur qui est lié par le contenu d'un message de données commerciales est lié par les termes du message reçu par le destinataire. Cependant, l'expéditeur n'est pas lié par un message de données commerciales faisant double emploi ou par une erreur ou anomalie dans un message de données commerciales si :

a) L'expéditeur et le destinataire sont convenus d'une procédure de détection des messages faisant double emploi, des erreurs ou des anomalies dans un message;

b) L'utilisation de cette procédure par le destinataire a décelé ou aurait permis de déceler le message faisant double emploi, l'erreur ou l'anomalie.

"[Le paragraphe 5 s'applique aux erreurs ou anomalies dans un message de modification ou de révocation au même titre qu'aux erreurs ou anomalies dans un message de données commerciales]."

Paragraphe 1

111. Le Groupe de travail a noté que l'article 10, y compris le paragraphe 1, s'inspirait des dispositions de l'article 5 de la Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux. On s'est toutefois demandé si la règle énoncée au paragraphe 1 était tout aussi pertinente pour les messages de données commerciales qu'elle l'était pour les virements. Des avis divergents ont été exprimés à ce propos. Selon un avis, le paragraphe 1 pourrait être supprimé, car il se limitait à reprendre les principes fondamentaux applicables du droit de la représentation. Dans ce même ordre d'idée, il a été avancé que l'apport principal de l'article 10 se situait plutôt au paragraphe 2 et que l'inclusion du paragraphe 1 risquait de laisser entendre que des distinctions étaient établies pour ce qui est des messages de données commerciales, alors que ce n'était pas le cas. On s'est également demandé si la question traitée au paragraphe 1 ne l'était pas déjà à l'article 7.

112. Selon l'avis qui a prévalu, la règle énoncée au paragraphe 1 était suffisamment importante dans le contexte des messages de données commerciales pour être retenue. Le Groupe de travail a noté que cette disposition avait pour objet de promouvoir la certitude et la clarté, ou de faire office de rappel, dans un domaine qui, comme il ressort de la pratique, connaît de très nombreuses incertitudes, notamment pour ce qui est de la question de savoir quand le destinataire du message de données commerciales peut se fonder sur ce message. Il a été avancé qu'en traitant de cette question, les règles uniformes faciliteraient le recours à l'EDI. Le Groupe de travail a jugé important un autre argument en faveur du maintien du paragraphe 1 : la nécessité d'une cohésion entre les règles uniformes et la Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux. A ce propos, en supprimant le paragraphe 1, on risquerait de laisser entendre qu'une règle autre que celle qui ressortait à l'évidence de ce paragraphe s'appliquerait aux messages de données commerciales.

113. Pour ce qui est du libellé précis du paragraphe 1, le Groupe de travail a convenu qu'il serait préférable de suivre, dans la mesure du possible, la terminologie utilisée dans les dispositions analogues de la Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux. Dans le même temps, il a été admis que les situations visées par ces deux instruments n'étaient pas similaires et qu'il faudrait sans doute envisager un ajustement de cette terminologie. En particulier, il a été décidé que le titre de l'article 10 devrait faire référence à "l'efficacité" des messages de données commerciales, plutôt qu'à leur "nature contraignante" et que le paragraphe 1 devrait indiquer que l'expéditeur "est réputé avoir approuvé" la teneur du message de données commerciales. Cette préférence pour une terminologie plus large tenait au fait que les messages de données commerciales incluraient des documents de caractère non contractuel. Sous réserve de ces orientations générales, le Secrétariat a été prié d'examiner un certain nombre de suggestions de forme : il faudrait expressément indiquer au paragraphe 1 que celui-ci s'entend sous réserve du paragraphe 5; il faudrait remplacer à la fin du paragraphe 1 les mots "de le lier" par les mots "d'agir en son nom" et ajouter à la suite les mots "pour ce qui est de ce message".

Paragraphe 2

114. Il a été noté que le paragraphe 2 traitait pour l'essentiel de deux types de situations dans lesquelles l'expéditeur présumé qui n'était pas lié en application du paragraphe 1 pourrait être réputé avoir approuvé la teneur d'un message de données commerciales : premièrement, le cas où les parties avaient conclu un accord sur les procédures d'authen-

tification qu'elles appliqueraient entre elles; et, deuxièmement, le cas où elles n'avaient pas conclu un tel accord. Les participants ont procédé à un échange de vues sur la manière de traiter de ces deux types de situations.

115. Selon un avis, étant donné que l'autonomie des parties était reconnue à l'article 5, il n'était peut-être pas nécessaire de faire référence à des situations contractuelles au paragraphe 2 et la portée de ce paragraphe pourrait être limitée aux situations non contractuelles. Selon un autre avis, qui a reçu un large appui, les situations contractuelles devraient être clairement distinguées des situations non contractuelles et traitées dans des paragraphes séparés. Il a été avancé que les situations non contractuelles, c'est-à-dire les cas où il y avait un accord d'échange de données, devraient être traitées en premier et que la disposition pertinente devrait reconnaître la validité juridique à de tels accords. On couvrirait ainsi la majorité des cas.

116. Pour ce qui est du cas où il n'y avait pas d'accord relatif à l'utilisation de procédures d'authentification, le Groupe de travail a débattu de la meilleure manière de traiter de la question de la répartition de la charge de la preuve entre les parties, de manière à promouvoir la certitude dans les procédures commerciales électroniques, sans nuire à l'équité.

117. Selon un avis, qui a reçu un large appui, le paragraphe 2 déplaçait sans justification la charge de la preuve qui incomberait aux parties en application des lois nationales applicables. Il a été noté que, normalement, la charge de la preuve incombait à la personne bénéficiant du fait que l'expéditeur présumé serait réputé avoir approuvé le message, c'est-à-dire le destinataire. Il a été ajouté que, si la charge de la preuve était imposée à l'expéditeur présumé, les utilisateurs risqueraient d'hésiter à recourir aux communications électroniques. En outre, il a été déclaré que le paragraphe 2, dans son libellé actuel, et notamment le mot "lié", donnait l'impression qu'il y avait une présomption irréfutable en faveur du destinataire, car il serait impossible à l'expéditeur présumé de satisfaire aux conditions fixées au paragraphe 4 pour réfuter la présomption. Il a été avancé que cette présomption devrait pouvoir être réfutée par tout moyen et que le mot "lié" devrait être supprimé.

118. A l'appui de la répartition de la charge de la preuve prévue au paragraphe 2, il a été noté que le bénéficiaire était tenu de déterminer, sauf preuve contraire, que le message émanait de l'expéditeur présumé, en établissant que lui-même s'était conformé aux procédures d'authentification convenues ou à des procédures d'authentification raisonnables, ce qu'il devrait raisonnablement être à même de faire puisqu'il était maître de ses procédures d'authentification. Le destinataire assumant sa part de la charge de la preuve, l'expéditeur présumé serait réputé avoir approuvé la teneur du message. Il aurait alors la possibilité d'établir que l'expéditeur effectif n'était pas son préposé ni une personne en relation avec lui. Il a été noté qu'une telle approche ne dérogeait pas aux règles prévalant en matière de charge de la preuve et qu'elle permettrait de promouvoir le recours au commerce électronique, car les utilisateurs pourraient compter que les messages lieraient leurs expéditeurs. Il a également été déclaré qu'il n'y avait aucune raison d'accorder au destinataire un traitement moins favorable que celui qui lui était accordé dans la Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux dans laquelle, alors que le destinataire était en général une banque, c'est-à-dire une partie disposant d'importantes ressources, la charge de la preuve incombait à l'expéditeur.

119. Pour encourager le recours à l'EDI, d'autres points ont été soulevés concernant le paragraphe 2. On s'est inquiété du fait que ce paragraphe faisait référence à l'authentification sans que ce terme ait été défini. On a fait observer qu'il était inutile de faire mention de la modification ou de la révocation d'un message de données commerciales. Il a été noté, à cet égard, qu'une telle mention se justifiait dans le contexte de l'article 5 de la Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux dont s'inspirait l'article 10, car cette Loi type portait sur les ordres de paiement et leur révocation ou leur modification, mais elle n'était pas nécessaire dans les règles uniformes puisque ces dernières ne traitaient que des messages de données commerciales. Il a été noté par ailleurs que, conformément à la décision du Groupe de travail concernant l'article 7, le mot "commercialement" devait être mis entre crochets.

120. Pour tenir compte de certaines des préoccupations exprimées et refléter l'opinion ayant prévalu, il a été proposé d'adopter, pour remplacer le texte actuel du paragraphe 2, le libellé suivant :

"Un expéditeur apparent qui n'est pas réputé avoir approuvé le message en vertu du paragraphe 1 ou de tout accord est réputé l'avoir fait en vertu du présent paragraphe :

a) Si le message tel qu'il a été reçu par le destinataire résulte d'actions d'une personne dont la relation avec l'expéditeur apparent ou avec tout agent de l'expéditeur apparent lui permet d'avoir accès à la procédure d'authentification de l'expéditeur; et

b) Si le destinataire a vérifié l'authentification par une méthode qui est raisonnable en toutes circonstances."

La proposition susmentionnée semblait, s'est-on inquiété, faire passer la charge de la preuve sur l'expéditeur apparent. A cette observation, il a été répondu que c'était au destinataire qu'il incombait la charge de la preuve puisqu'il devait prouver que le message avait été envoyé par un agent de l'expéditeur apparent et qu'il suivait des procédures d'authentification raisonnables.

121. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'établir un nouveau projet de paragraphe 2, qui demeurerait entre crochets, en partant du nouveau libellé proposé.

Paragraphe 3

122. Des vues divergentes ont été exprimées sur la question de savoir s'il fallait ou non garder le paragraphe 3. Selon une opinion, il était inutile et devait donc être supprimé. On a fait observer, à l'appui de cet avis, que cette disposition ne valait pas dans les cas où il n'existait aucun accord entre l'expéditeur apparent et le destinataire quant aux procédures d'authentification à suivre. Dans les cas où il en existait un, son utilité a été mise en doute car, si elle autorisait un tel accord, elle faisait double emploi avec les dispositions reconnaissant la validité juridique des accords

d'échanges tels qu'envisagés par exemple à l'article 5 et dans le cadre de l'examen du projet d'article 2 (voir par. 115) et, si elle ne l'autorisait pas, elle allait à l'encontre de ces dispositions. L'approche restrictive serait, a-t-on déclaré, peut-être nécessaire pour des méthodes d'authentification moins que raisonnables afin de protéger la partie la plus faible contre des abus potentiels de l'autonomie des parties par la partie ayant un plus grand pouvoir de négociation. On a fait valoir, à cet égard, qu'il n'était peut-être pas approprié de parler de méthodes "déraisonnables" dans la mesure où les parties considéraient en général raisonnable toute méthode sur laquelle elles s'entendaient. Après délibérations, le Groupe de travail a décidé d'inclure dans les règles uniformes une disposition sur le modèle du paragraphe 13 et de ne pas imposer de limites à la liberté contractuelle des parties concernant la détermination des méthodes d'authentification.

123. S'agissant de la formulation exacte du principe de liberté contractuelle appliqué aux méthodes d'authentification, les opinions ont quelque peu divergé. Selon un avis, un tel principe devrait être inclus dans une disposition portant sur un point précis telle que l'article 10, mais, selon un autre, il devrait être énoncé dans une disposition générale du type de l'article 5. A l'appui de cette dernière opinion, il a été argué qu'une disposition générale applicable à l'ensemble des règles uniformes serait plus appropriée car elle établirait clairement que les tribunaux ne pourraient pas interpréter les accords conclus entre les parties. Pour ce qui était du mot "commercialement", conformément à sa décision sur l'article 7 (voir par. 85 à 87), le Groupe de travail a jugé que ce terme devrait être mis entre crochets. Il a aussi décidé de garder le paragraphe 3 entre crochets en reportant à plus tard une décision sur la forme exacte que devait prendre cette disposition ou l'endroit où elle devait se trouver.

124. Le Groupe de travail a indiqué qu'à son avis le principe de la liberté contractuelle des parties ne visait pas à déroger aux règles des législations nationales qui accordaient un traitement préférentiel aux pouvoirs publics, dans les domaines tels que les questions d'imposition, et aux créanciers dans les faillites.

Paragraphe 4

125. Il a été demandé si le paragraphe 4 s'appliquait à la fois aux situations contractuelles et non contractuelles visées au paragraphe 2. Le Groupe de travail a noté, cependant, que l'idée maîtresse du paragraphe 4 serait incorporée dans la version révisée du paragraphe 2 comme décidé plus haut.

Paragraphe 5

126. Le Groupe de travail a eu une discussion sur la nécessité d'une règle comme celle du paragraphe 5. Selon une opinion, le paragraphe 5 devrait être supprimé. A l'appui de ce point de vue, il a été observé que le paragraphe 5 pourrait interférer à plusieurs égards avec le droit contractuel applicable. Son libellé, en particulier le mot "lié", donnait l'impression que ce paragraphe traitait des effets juridiques d'un message de données commerciales et de la responsabilité juridique en matière de dommages-intérêts pour la perte subie ou le gain perdu. En outre, on a dit que le paragraphe 5 transférait la charge de la preuve de messages erronés à l'expéditeur et pourrait, en l'absence d'une procédure convenue, avoir l'effet non désiré d'altérer le devoir de diligence imposé au destinataire en vertu de la législation applicable. En outre, on a dit que le paragraphe 5 était incomplet dans la mesure où il ne visait pas les cas d'une absence d'accord quant aux procédures à suivre dans le cas d'erreur, ou ceux où les expéditeurs avaient conclu un accord sur les procédures de détection des erreurs avec des tierces parties, telles que des intermédiaires, et où les erreurs étaient dues à ces tierces parties.

127. Le point de vue opposé, qui a bénéficié d'une large adhésion, était que le paragraphe 5 devait être maintenu. A l'appui de cette opinion, il a été observé que le paragraphe 5 n'était pas destiné à traiter des effets juridiques d'un message de données commerciales, notamment de questions comme celle de la responsabilité en matière de dommages-intérêts au titre du dommage subi ou du gain perdu, ou de la formation des contrats; au contraire, le paragraphe 5 proposé était destiné à énoncer la règle générale suivant laquelle un message, en ce qui concerne son contenu, produisait effet dans la forme où il avait été reçu, et à déterminer les exceptions à cette règle.

128. Afin de tenir compte des préoccupations exprimées, il a été suggéré plusieurs formulations : "Un message ne peut produire effet que dans la forme où il a été reçu par le destinataire"; ou : "Lorsqu'un expéditeur est reputé avoir approuvé un message aux termes du présent article, le contenu du message tel qu'il a été reçu fait foi"; ou encore : "Le fait qu'un message est réputé produire effet en tant que message de l'expéditeur ne lui confère pas de signification juridique. La signification juridique du message doit être déterminée par d'autres règles de droit". A propos de cette dernière suggestion, il a été observé qu'elle pourrait être source de confusion dans la mesure où elle laissait entendre qu'il existait toujours une opération sous-jacente qui était distincte de la communication du message.

129. Il a été également suggéré que les exceptions à la règle générale soient couvertes par un libellé du type suivant : "Lorsqu'un message de données commerciales contient une erreur ou constitue une copie erronée d'un message antérieur, l'expéditeur n'est pas réputé avoir approuvé le contenu du message aux termes du présent article pour autant que le message était erroné, si le destinataire était informé de l'erreur ou si l'erreur aurait pu être constatée si le destinataire avait fait preuve d'une diligence raisonnable ou utilisé une procédure de vérification convenue". Il a été observé que cette proposition ne faisait pas mention des anomalies, car la notion d'erreur comprenait les anomalies.

130. Le Groupe de travail a demandé au Secrétariat de rédiger un nouveau projet de paragraphe 5 s'inspirant du libellé proposé, afin qu'il soit clairement indiqué qu'un message produira effet dans la forme où il aura été reçu et que le destinataire doit exercer une diligence raisonnable pour s'assurer que le message n'a pas été altéré. Il a été convenu que le libellé de cette disposition devrait éviter de recourir aux notions de "faute" ou d'"erreur" contractuelles pour ne pas donner l'impression erronée qu'elle traite des effets juridiques d'un message.

131. En ce qui concerne le libellé entre crochets figurant à la fin du paragraphe 5, le Groupe de travail a décidé de le maintenir entre crochets, car il a été reconnu que, si les règles uniformes concernaient principalement les messages de données commerciales, des messages de correction pourraient être nécessaires.

132. A la fin du débat relatif au paragraphe 5, il a été avancé que le Groupe de travail souhaiterait peut-être examiner les questions de sécurité qui se posaient dans le cas d'un changement d'intermédiaires. Le Groupe de travail a décidé qu'il était préférable que cette question soit traitée dans le cadre de l'article 15.

Article 11. Obligations découlant de la transmission

133. Le texte du projet d'article 11 examiné par le Groupe de travail était le suivant :

"*Article 11. Obligations découlant de la transmission*

"1. Le présent article s'applique :

a) Lorsque les expéditeurs et les destinataires de messages de données commerciales sont convenus d'utiliser des accusés de réception de ces messages;

b) Lorsque l'utilisation des accusés de réception des messages est requise par un intermédiaire;

c) Lorsque l'expéditeur d'un message de données commerciales demande un accusé de réception du message dans le message même ou de toute autre façon.

"2. L'expéditeur peut demander un accusé de réception du message par le destinataire.

"3. *Variante A :* [Le destinataire d'un message exigeant un accusé de réception ne peut donner suite au message reçu que lorsqu'il en a accusé réception.] [Le destinataire d'un message exigeant un accusé de réception qui donne suite au contenu du message avant d'envoyer un tel accusé de réception le fait à ses propres risques.]

"4. Si le destinataire ne reçoit pas d'accusé de réception dans le délai [convenu, exigé ou dans un délai raisonnable], il peut, sur prompte notification adressée au destinataire à cet effet, traiter le message comme nul et non avenu.

Variante B : Un accusé de réception, lorsqu'il a été reçu par la partie qui a envoyé le message, constitue une [preuve concluante] [présomption de preuve] que le message visé a été reçu [et si confirmation de la syntaxe a été requise que le message était à cet égard correct]. [Qu'un accusé de réception fonctionnel ait d'autres effets juridiques ne relève pas des présentes règles.]"

Titre

134. Il a été rappelé qu'aux sessions précédentes le Groupe de travail avait décidé que les règles uniformes ne devaient imposer aucune obligation d'utiliser les accusés de réception fonctionnels. Il a été rappelé en outre que le recours à une telle procédure pourrait, dans certaines circonstances, être jugé trop coûteux et qu'en tout état de cause, l'utilisation d'accusés de réception fonctionnels relevait d'une décision d'affaires devant être prise par les utilisateurs des messages de données commerciales. Il a été déclaré, à ce propos, que l'article 11 devrait être complètement supprimé. Toutefois, selon l'opinion qui a prévalu, il fallait le garder car le Groupe de travail avait précédemment décidé que les règles uniformes devaient encourager l'utilisation des accusés de réception fonctionnels et parce qu'une règle supplétive pourrait être nécessaire pour les cas où les parties n'avaient conclu antérieurement aucun accord concernant les accusés de réception. De l'avis général, le titre ne devait pas comporter le mot "obligations" mais simplement "accusé de réception fonctionnel".

Définition des termes "accusé de réception fonctionnel"

135. Divers avis ont été exprimés concernant ce qu'il fallait entendre par "accusé de réception fonctionnel". Selon une opinion, il convenait peut-être de préciser le lien éventuel entre le concept d'"accusé de réception fonctionnel" et une procédure d'"authentification". Il a été déclaré par ailleurs qu'il faudrait, dans toute disposition traitant des questions relatives aux accusés de réception fonctionnels, indiquer clairement si la divulgation des informations contenues dans le message de données commerciales était implicite dans le cadre de la procédure de production d'un accusé de réception. De l'avis général, ce type de procédure visait simplement à prouver un fait juridique, à savoir qu'un message donné avait été reçu, et ne devait impliquer aucune divulgation du contenu du message. Il convenait plutôt de considérer l'"accusé de réception fonctionnel" comme l'équivalent des procédures utilisées dans le cadre de l'expédition de courrier en recommandé.

136. On a fait valoir qu'il faudrait inclure une définition des termes "accusé de réception fonctionnel" dans les règles uniformes, peut-être à l'article 2. S'agissant du contenu possible d'une telle définition, il a été estimé en général que, en l'absence d'obligations contractuelles précises quant à la forme de l'accusé de réception, le destinataire d'un message de données commerciales à qui il était demandé devait être autorisé à procéder de diverses manières, sans nécessairement émettre un message d'"accusé de réception fonctionnel" formel. Ainsi, ce que faisait le destinataire d'un ordre d'achat qui émettait, en retour, un avis d'expédition était comparable à la production d'un accusé de réception fonctionnel. Il a été proposé par ailleurs de considérer que la production automatique d'un avis de réception d'un message par le système informatique du destinataire équivalait à l'émission d'un accusé de réception officiel. De l'avis général, si l'on décidait d'inclure dans les règles uniformes une définition des termes "accusé de réception fonctionnel", il faudrait tenir compte des vues et suggestions susmentionnées. Il a été proposé, comme alternative à une définition formelle, d'indiquer dans l'article 11 la manière de fournir un accusé de réception fonctionnel. Le libellé suivant a été proposé :

"Un accusé de réception d'un message de données commerciales peut être fourni par les moyens suivants :

"1. Émission d'un message technique appelé "accusé de réception fonctionnel";

"2. Confirmation automatique de la réception du message de données commerciales; ou

"3. Message en retour produit uniquement à réception d'un message antérieur."

Paragraphe 1

137. Il a été demandé si l'alinéa *b* englobait les cas où un accusé de réception était exigé en vertu des "règles du système" pouvant être établies pour l'exploitation d'un réseau à valeur ajoutée. On a fait valoir qu'il faudrait mentionner expressément dans le paragraphe que l'utilisation d'accusés de réception fonctionnels pouvait résulter de telles règles dont l'usage était apparemment courant. Selon une opinion contraire, les règles uniformes ne devraient pas autoriser les intermédiaires à imposer des accusés de réception pour leur propre compte. Il a été proposé d'ajouter, à la fin de l'alinéa *b*, les mots "pour le compte des destinataires des messages". Selon l'opinion qui a prévalu, cependant, les règles uniformes devraient, dans toute la mesure possible, ne pas traiter des relations contractuelles entre les réseaux à valeur ajoutée et leurs utilisateurs.

Paragraphe 2

138. Le Groupe de travail a décidé de supprimer le paragraphe 2 puisque l'idée qui y était exprimée était déjà implicite dans le paragraphe 1.

Variante A

Paragraphe 3

139. La première phrase du paragraphe 3 de la variante A a été critiquée au motif qu'elle contraindrait le destinataire d'un message à ne pas donner suite avant d'avoir envoyé un accusé de réception. En outre, les conséquences d'un manquement à cette obligation n'étaient pas énoncées. De l'avis général, la phrase devait être supprimée.

140. On a estimé que la deuxième phrase du paragraphe 3 de la variante A était trop vague et ne précisait pas quelles pouvaient être les conséquences du risque pris par le destinataire d'un message qui y donnait suite avant d'envoyer un accusé de réception. Toutefois, le projet de disposition a aussi bénéficié d'un certain appui. Il a été déclaré que d'autres règles du droit des contrats détermineraient les conséquences de la conduite d'un destinataire et que le projet de disposition reflétait la situation juridique actuelle dans de nombreux pays. On a estimé en général que si l'on retenait une disposition s'inspirant de la deuxième phrase du paragraphe 3 de la variante A, il faudrait la combiner avec le projet de paragraphe 4.

Paragraphe 4

141. Des avis ont été exprimés en faveur de la règle supplétive contenue dans le projet de paragraphe 4, car, en l'absence d'un accord plus précis, elle offrait une certitude quant à la répartition des risques entre l'expéditeur et le destinataire lorsque l'expéditeur ne recevait pas l'accusé de réception demandé. Il a été objecté, toutefois, que cette disposition pourrait avoir des incidences sur les autres textes législatifs applicables aux relations contractuelles. Il a été déclaré par ailleurs que le projet de disposition simplifiait exagérément une série de cas pouvant être complexes où les conséquences du non-envoi d'un accusé de réception pourraient varier en fonction d'autres règles de droit applicables. De l'avis général, une disposition du type du projet de paragraphe 4 ne devrait pas être interprétée de manière à permettre au destinataire d'ôter à un message ses effets juridiques, comme dans le cas d'un message qui notifierait la résiliation d'un contrat par simple refus d'émettre un accusé de réception fonctionnel.

142. On a fait valoir que le libellé du projet de paragraphe 4 était trop général et que le champ d'application de cette disposition devait être limité à des cas où l'expéditeur avait préalablement fait savoir au destinataire qu'un message pourrait être considéré comme nul et non avenu en l'absence d'accusé de réception. Le libellé suivant a été proposé :

> "Si, au moment ou avant de transmettre un message de données commerciales, ou dans ledit message de données commerciales, l'expéditeur demande un accusé de réception et indique que le message sera sans effet tant que l'accusé de réception n'aura pas été reçu, le destinataire ne peut se fonder sur le message, pour toute raison pour laquelle il pourrait souhaiter le faire tant que l'expéditeur n'a pas reçu un accusé de réception.
>
> "Lorsque l'expéditeur n'a pas demandé que l'accusé de réception lui soit envoyé sous une forme particulière, toute demande d'accusé de réception peut être satisfaite par toute communication suffisante pour indiquer à l'expéditeur que le message a été reçu."

Il a été déclaré cependant que le fait de limiter l'effet du paragraphe 4 au cas où l'expéditeur a averti au préalable le destinataire pourrait soulever des problèmes, tout au moins lors de l'utilisation des techniques EDI les plus modernes, dans la mesure où les messages standard ne contenaient aucune zone permettant de mentionner un avis préalable.

143. Il a été proposé de remplacer, au paragraphe 4, les mots "nul et non avenu" par les mots "n'ayant jamais été reçu".

Variante B

144. On a jugé que la disposition était généralement acceptable quant au fond. Il a été décidé que, lorsqu'il établirait le prochain projet d'article 11, le secrétariat devrait combiner l'essence de la variante B et des éléments de la variante A de façon à prendre en considération les suggestions et les préoccupations susmentionnées.

Article 12. Formation des contrats

145. Le texte du projet d'article 12 examiné par le Groupe de travail était le suivant :

> *"Article 12. Formation des contrats*
>
> "1. La [validité] [reconnaissance] juridique ne sera pas refusée à un contrat conclu par messages de données commerciales [et les parties audit contrat ne pourront en contester la validité] au seul motif que le contrat a été conclu par messages de données commerciales.
>
> "2. Un contrat conclu par messages de données commerciales est formé au moment [et au lieu] où le message constituant l'acceptation d'une offre est reçu par le destinataire."

Paragraphe 1

146. Des avis divergents ont été exprimés à propos de la nécessité d'une règle comme celle du paragraphe 1. Selon une opinion, le paragraphe 1 devrait être supprimé. A l'appui de ce point de vue, on a dit que cette disposition pourrait empiéter sur la loi applicable en matière de formation des contrats, domaine qui devait être réservé à la loi applicable. En outre, il a été observé qu'une disposition de ce genre était inutile car la question était déjà traitée de manière satisfaisante dans les articles 6 et 7, dans la mesure où lesdits articles traitaient des conditions à remplir pour un document écrit et signé. De plus, on a fait valoir qu'un message de données commerciales était simplement un moyen de communication, que les contrats étaient conclus au moyen de l'échange d'une offre et d'une acceptation, l'une ou l'autre ou les deux pouvant être formulées par des moyens électroniques, et qu'un contrat existait, quelle que soit la manière dont l'offre et l'acceptation étaient communiquées. On a déclaré que, si une offre ou une acceptation pouvaient être formulées électroniquement, la notion de contrat était superflue. On a également soulevé la question de savoir s'il était approprié d'inclure une disposition sur la formation des contrats, car les moyens électroniques de communication n'étaient pas utilisés simplement pour la conclusion de contrats, mais aussi à toutes sortes d'autres fins, par exemple pour l'exécution de paiements internationaux.

147. L'opinion qui a prévalu, cependant, a été que, pour plusieurs raisons, le paragraphe 1 devrait être conservé. On a observé que le paragraphe 1 n'était pas destiné à interférer avec les règles de droit applicables en matière de formation des contrats, mais plutôt à bien indiquer que la validité juridique d'un contrat ne serait pas refusée au seul motif qu'il avait été conclu par des moyens électroniques. De plus, on a ajouté que la règle énoncée au paragraphe 1 n'était pas reconnue dans tous les systèmes juridiques, et que son importance pourrait justifier une ingérence minime dans les règles de formation des contrats de certains autres pays qui possédaient des règles pertinentes applicables à la formation de contrats par des moyens électroniques. On a observé qu'une telle règle répondrait donc au besoin exprimé par les milieux commerciaux d'une certitude et d'une sécurité juridiques plus grandes en matière de formation de contrats par des moyens électroniques. Le Groupe de travail a observé que les articles 6 et 7 traitaient seulement de l'écrit et de la signature et qu'ils n'offraient pas une règle qui permette de protéger l'effectivité d'opérations dans leur ensemble en cas d'objections ayant trait à leur forme électronique.

148. Plusieurs préoccupations ont été exprimées à propos de la formulation exacte du paragraphe 1. Selon l'une d'elles, il était contradictoire de déclarer qu'un contrat était "conclu" et que "[la validité] juridique ne (lui) sera[it] pas refusée". On a considéré en effet que, si un contrat était conclu, sa validité juridique ne pouvait pas être contestée. Une autre préoccupation concernait le fait que la formulation actuelle du paragraphe 1 pourrait être source de confusion car la plupart des langues ne faisaient pas de différence entre la "conclusion" et la "formation" des contrats. Pour répondre à ces préoccupations, il a été proposé de remplacer le mot "contrat" par des mots comme "opération" ou "accord". Une préoccupation a également été exprimée à propos de l'emploi de l'expression "au seul motif", qui pouvait n'être pas assez claire en ce qui concerne la possibilité que divers types d'objection soient susceptibles d'être définis comme des objections "au seul motif" de la forme électronique du contrat. Il a été indiqué que ce libellé pourrait avoir également pour effet non désiré d'interférer avec l'application d'autres prescriptions de forme susceptibles d'être applicables, comme celles qui exigent qu'un contrat soit scellé. Une préoccupation a également été exprimée à propos de la formulation négative du paragraphe 1 qui pourrait créer l'impression d'une certaine incertitude quant à la possibilité qu'un contrat puisse être conclu de manière électronique. Pour répondre à cette préoccupation, il a été suggéré que le paragraphe 1 soit libellé de manière positive. Il a été proposé en outre qu'il dispose que la validité juridique (opposabilité) d'une opération conclue par des moyens électroniques ne sera pas contestée au seul motif qu'elle a été conclue par des moyens électroniques ou sans intervention humaine. En ce qui concerne cette proposition, il a été observé qu'une communication électronique ne pouvait pas en dernière analyse être définie comme dénuée d'intervention humaine, car celle-ci était toujours nécessaire, peut-être pas en ce qui concerne un message particulier, mais du moins dans la mesure où les ordinateurs étaient programmés par des êtres humains.

149. Le secrétariat a été invité à revoir le libellé du paragraphe 1, afin de prendre en compte les préoccupations qui avaient été exprimées en ce qui concerne la nécessité d'éviter d'empiéter sur des domaines régis par le droit des contrats.

Paragraphe 2

150. Le Groupe de travail a examiné si le paragraphe 2 devait être maintenu, en particulier puisqu'il semblait porter sur des questions essentielles du droit des contrats. A l'appui du maintien du paragraphe 2, du moins dans la mesure où il traitait du moment mais non du lieu de la conclusion des contrats, on a dit qu'il serait utile d'instituer une règle suivant laquelle un contrat sera conclu par des moyens électroniques au moment de la réception du message constituant l'acceptation de l'offre. En effet, une règle de ce genre, qui répondait à des besoins propres au contexte de l'EDI et tenait compte du fait que cette réception était relativement facile à démontrer dans ce contexte, serait utile en particulier pour les pays qui, en ce qui concerne le moment de la conclusion des contrats, possédaient une règle qui n'était pas basée sur la réception de l'acceptation de l'offre.

151. Le point de vue qui a prévalu, cependant, a été que le paragraphe 2 devrait être supprimé. On a dit que ce paragraphe était inutile car la question du moment et du lieu de la conclusion des contrats était suffisamment traitée par les instruments internationaux et le droit interne. De plus, des objections ont été élevées contre le paragraphe 2 au motif que, dans la mesure où il adoptait la théorie de la réception de l'acceptation d'une offre en ce qui concerne la conclusion des contrats, il était excessivement général et empiétait sur les règles applicables en matière de formation des contrats. Il a été généralement estimé que les règles uniformes devraient se limiter à établir une règle relative au moment de la réception des messages de données commerciales, question qui était traitée dans l'article 13. Cependant, afin de faciliter un réexamen éventuel de la question qui faisait l'objet du paragraphe 2, le Groupe de travail a décidé de conserver celui-ci en le plaçant entre crochets.

Article 13. Réception de messages de données commerciales

152. Le texte du projet d'article 13 examiné par le Groupe de travail était le suivant :

"Article 13. Réception de messages de données commerciales

"Un message de données commerciales est reçu par le destinataire

"*Variante A :* Au moment où il [atteint le] [entre dans le] [est mis à la disposition du] [est enregistré par le] [système informatique] [la boîte postale] [l'adresse du] [ou désigné par le] destinataire.

"*Variante B : a)* Au moment où le message est enregistré dans le système informatique directement contrôlé par le destinataire de telle sorte que ledit message peut en être extrait; et

b) Au lieu où le destinataire a son établissement commercial."

153. On s'est demandé s'il était nécessaire d'inclure dans les règles uniformes une disposition du type de l'article 13, car il pourrait être jugé que les questions du moment et du lieu de la réception étaient déjà traitées comme il convient par la législation nationale applicable. Dans cet ordre d'idée, il a été avancé que, si l'intention était de clarifier les règles de droit, il serait sans doute suffisant de donner des indications sur l'endroit où trouver, dans les systèmes juridiques applicables, des réponses aux questions liées au moment et au lieu de la réception. Selon un avis, l'utilité de la version actuelle de l'article 13 était limitée, car elle risquait de donner des réponses par trop générales et simplistes à des questions complexes qui exigeaient des solutions plus nuancées. Tout en convenant que le texte dont il était saisi devait être encore amélioré, le Groupe de travail a toutefois estimé dans l'ensemble qu'en raison des caractéristiques techniques et pratiques novatrices de l'EDI et des effets négatifs qu'auraient sur le recours à l'EDI des disparités entre les lois nationales, il serait bon d'inclure une disposition sur le moment de la réception d'un message de données commerciales, afin de garantir le niveau de certitude juridique requis pour faciliter le commerce électronique. Pour ces mêmes raisons, l'inclusion d'une règle sur le lieu de la réception a également reçu un certain appui.

Moment de la réception

154. Pour ce qui est du moment où un message de données commerciales doit être considéré comme reçu, le Groupe de travail était saisi de deux variantes, selon lesquelles ce moment se situait à des étapes différentes du cycle de vie d'un message de données commerciales : on a estimé dans l'ensemble que la formulation actuelle de l'article 13, quelle que soit la variante retenue, devait être examinée plus avant, compte tenu des caractéristiques particulières de l'échange de messages dans le cadre de l'EDI. En particulier, l'attention du Groupe de travail a été appelée sur le fait que la notion que recouvraient les termes "atteindre" ou "entrer dans" le système informatique du destinataire, notion retenue dans la variante A, et la notion d'"enregistrement" dans le système informatique du bénéficiaire, notion retenue dans la variante B, étaient sans doute insuffisantes pour tenir compte des diverses étapes et des difficultés pouvant se produire lors de la transmission et de la réception de messages de données commerciales. Ces étapes étaient notamment les suivantes : expédition, réception, introduction, enregistrement, traduction éventuelle, extraction par le destinataire et lecture ou notation de la teneur du message par le destinataire. Il a été noté qu'à plusieurs de ces étapes il pouvait se poser des problèmes et qu'il fallait tenir compte de cette possibilité dans la règle qui serait élaborée. Par exemple, la mémoire de l'ordinateur du destinataire pouvait être saturée, ce qui empêcherait l'introduction ou l'enregistrement du message, le système du destinataire pouvait être hors d'état en raison d'une coupure de courant, ou encore le télécopieur du destinataire pouvait tout simplement ne plus avoir de papier. Il a également été demandé s'il ne serait pas nécessaire d'envisager de fixer des moments différents, selon le type de technologie utilisé pour la transmission du message. Selon une dernière observation de caractère plus général, il serait utile de préciser dans le chapeau de l'article 13 que cette disposition devait faire office de règle supplétive et était donc soumise au principe de l'autonomie contractuelle.

155. Les participants ont ensuite procédé à un échange de vues quant au moment ou à l'étape du cycle de vie du message qui devait être retenu comme moment de la réception. Selon un avis, fondé sur la variante A, ce moment devrait être celui où le message atteint le système d'information du destinataire. Il a été avancé qu'une telle règle tiendrait compte comme il convient des différents champs d'action de l'expéditeur et du destinataire et établirait ainsi une répartition des risques appropriée. D'autres observations ont été faites quant à la nécessité d'inclure certaines précisions dans la règle, en indiquant notamment que le risque de mauvais fonctionnement du système du destinataire devrait incomber à ce dernier. Une proposition à cet effet a été élaborée, qui combinait des éléments des variantes A et B :

"Un message de données commerciales est reçu par le destinataire au moment où il entre dans le système informatique contrôlé par le destinataire, de telle sorte que ledit message peut être extrait par le destinataire ou pourrait l'être si son système informatique fonctionnait correctement."

156. Une autre proposition était libellée comme suit :

"Un message de données commerciales est reçu par le destinataire au moment où il entre dans le système informatique contrôlé [ou choisi] par le destinataire, de telle sorte qu'il peut être extrait par le destinataire, ou au moment où le message aurait pu entrer dans le système informatique du destinataire et être extrait si ledit système avait fonctionné correctement."

157. Pour ce qui est du problème pouvant se poser lorsqu'une transmission ne peut être achevée parce que le système du destinataire ne peut recevoir de messages, on s'est demandé si, dans de tels cas, les règles uniformes devraient établir une procédure prévoyant un nombre minimum de tentatives. On s'est également demandé si, dans de tels cas, notamment lorsque la capacité de stockage de l'ordinateur du destinataire est saturée, le message pourrait être considéré comme reçu.

158. Il a été noté que les mots "contrôlé par le destinataire", mentionnés dans la variante B à propos du système informatique du destinataire, étaient peut-être trop restrictifs, car il se pouvait que le destinataire reçoive des messages dans un système qui n'était pas placé sous son contrôle, mais avait simplement été choisi par lui. A ce propos, il a été jugé qu'il serait peut-être mieux d'utiliser un mot tel que "désigné". Il a également été avancé que, plutôt que de faire référence au système informatique du destinataire, il serait peut-être mieux d'utiliser une expression de caractère plus général telle que "installation".

159. On a également mis l'accent sur un autre problème possible, tenant aux diverses conséquences que pouvait avoir le fait que, dans le cadre de relations EDI, la lecture ou la lisibilité d'un message n'était pas une question aussi simple que pour les documents traditionnels sur papier. Il a été convenu que la règle devrait être rédigée de manière à ne pas permettre au destinataire de faire obstacle à la transmission du message en ignorant ce message ou en refusant de le lire. Toutefois, il a été noté dans le même temps que, dans certains cas, des mesures supplémentaires devraient sans doute être prises après l'arrivée du message, afin que celui-ci puisse être lu. Par exemple, il faudrait peut-être traduire ou décoder le message. On a jugé que, dans un tel cas, la détermination du moment de la réception ne devrait pas être soumise au caprice du destinataire ou être fonction du temps qu'il mettrait à prendre ces mesures supplémentaires. Il a été avancé que, pour tenir compte équitablement de ces circonstances, il faudrait adopter une formulation double, fondée sur l'arrivée du message dans le système du destinataire et sur son accessibilité ou extractibilité. Selon un avis, une telle formulation tiendrait également compte du fait que le message devrait peut-être être reformaté, traduit ou traité de toute autre manière par un intermédiaire avant d'être accessible au destinataire. Selon une autre proposition, il fallait disposer que, si le message n'était pas accessible de manière visible ou intelligible au destinataire, le moment de la réception serait réputé être le premier moment où l'on pourrait raisonnablement escompter que le message soit accessible.

Lieu de la réception

160. On s'est demandé s'il était vraiment nécessaire et souhaitable d'inclure une règle sur le lieu de la réception, comme il était proposé à l'alinéa *b* de la variante B. Ces réserves étaient fondées sur le fait qu'une règle supplétive n'était pas nécessaire pour la question du lieu de la réception, car il s'agissait d'une question qui pouvait être aisément résolue soit par contrat, soit conformément à la législation applicable, sur la base de laquelle les tribunaux tiendraient sans doute compte de divers facteurs pertinents, plutôt que de se fonder uniquement sur l'emplacement de l'ordinateur du destinataire. Il a été noté à ce propos que la question du lieu de la réception était en général régie par la législation nationale, ainsi que par des instruments internationaux, notamment la Convention des Nations Unies sur les ventes. Il a également été souligné que la règle générale énoncée dans le projet de texte ne serait sans doute pas appropriée dans tous les cas.

161. En réponse à ces réserves et préoccupations, il a été déclaré que, si l'on avait inclus une règle sur le lieu de la réception, c'était essentiellement pour tenir compte d'une circonstance propre au commerce électronique qui ne serait peut-être pas nécessairement prise en compte comme il convient dans les lois nationales ou internationales en vigueur : en effet, le système informatique du destinataire, par lequel le message était reçu ou par lequel le message était extrait, était très souvent situé dans une juridiction autre que celle dans laquelle se trouvait le destinataire. Cette disposition avait donc pour objet de veiller à ce que le lieu du système informatique ne soit pas le critère déterminant; en effet, il devait y avoir un lien raisonnable entre le destinataire et ce qui était réputé être le lieu de la réception, et ce lieu pouvait être aisément déterminé par l'expéditeur. Il a également été noté que la règle sur le lieu de la réception, comme la règle sur le moment de la réception, devait être une règle supplétive, s'entendant sous réserve de tout accord contractuel, et qu'elle devait régir également la vaste gamme des opérations régies par les lois nationales et internationales applicables aux opérations de vente.

162. Pour ce qui est de la formulation précise de la règle sur le lieu de la réception, il a été demandé dans quelle mesure il serait en fait possible de séparer, comme on s'y était, semble-t-il, efforcé dans le libellé actuel, la question du moment de celle du lieu. Il a été noté à ce propos que la question du moment précis de la réception devrait nécessairement être fonction d'un lieu particulier. Il a été avancé que l'on pourrait résoudre ce problème en remplaçant dans le chapeau les mots "un message de données commerciales est reçu" par les mots "un message de données commerciales est réputé avoir été reçu". Pour ce qui est du cas où le destinataire a plus d'un établissement, il a été avancé que la règle pourrait faire référence à l'établissement ayant la relation la plus étroite avec l'opération en question. Afin que la règle relative au lieu de la réception ne soit pas trop générale, il a été proposé que les règles uniformes disposent simplement que le lieu de la réception n'est pas nécessairement le lieu où est situé l'ordinateur du destinataire, ou le lieu où le message est stocké ou enregistré.

163. Après un débat, le Groupe de travail, sans prendre de décision définitive quant à la teneur de l'article 13, a prié le Secrétariat de réviser cette disposition, compte tenu des observations faites, et d'inclure une règle supplétive concernant le lieu de la réception.

Article 14. Enregistrement et stockage de messages de données commerciales

164. Le texte du projet d'article 14 examiné par le Groupe de travail était le suivant :

"*Article 14. Enregistrement et stockage de messages de données commerciales*

"1. *Variante A :* Le présent article s'applique lorsque des enregistrements doivent être archivés aux termes de la législation ou la réglementation applicable ou de dispositions contractuelles.

Variante B : Sous réserve de dispositions contraires dans la législation, lorsqu'une obligation existe en ce qui concerne l'archivage des enregistrements, cette obligation [sera] [pourra] être remplie si les enregistrements sont archivés sous la forme de messages de données commerciales sous réserve que les conditions figurant aux para-

graphes 2 et 3 du présent article soient remplies.

"2. Les messages de données commerciales seront stockés par l'expéditeur sous le format transmis et par le destinataire dans le format sous lequel ils ont été reçus.

"3. Des enregistrements électroniques ou informatiques des messages archivés seront facilement accessibles et pourront être reproduits sous une forme lisible et le cas échéant imprimés. Tout matériel opérationnel requis à ces fins sera disponible."

Paragraphe 1

165. Bien que ni la variante A ni la variante B n'aient suscité de grandes réactions au sein du Groupe de travail, la variante A a été critiquée car elle semblait introduire des conditions supplémentaires par rapport à celles imposées par la loi applicable ou des arrangements contractuels. La préférence est allée à la variante B car, bien que soulevant un certain nombre de questions, elle décrivait mieux le contexte opérationnel. Plusieurs suggestions d'ordre rédactionnel ont été faites au sujet de la variante B. Selon une opinion, l'expression "sous réserve de dispositions contraires" était inappropriée car le paragraphe visait précisément à déroger à l'obligation d'archiver les enregistrements sur papier. Selon une autre opinion, elle était imprécise, dans la mesure où la législation pouvait être défavorable à l'EDI, sans nécessairement lui être "opposée". Une préférence a été exprimée pour le mot "sera" entre crochets. Quant aux mots "sous la forme de messages de données commerciales", on a fait observer qu'ils risquaient de donner la fausse impression que les messages de données commerciales correspondaient à une forme d'archivage des informations et non aux informations elles-mêmes.

Paragraphe 2

166. Dans la mesure où le paragraphe 2 prévoyait l'obligation de stocker les messages de données commerciales, on a indiqué qu'il s'écartait, de façon injustifiée, de la pratique habituelle. En outre, on a fait valoir que le paragraphe 2 soulevait un certain nombre de questions, par exemple comment il faudrait stocker les messages ou qui aurait accès aux messages stockés, l'expéditeur, le destinataire, une tierce partie ou le public ? Cela posait des problèmes de confidentialité et de protection des données, problèmes de droit public qui renvoyaient au droit constitutionnel, administratif et pénal. A cet égard, on a fait observer qu'il faudrait que les règles uniformes soient limitées aux questions de droit privé et qu'elles précisent, en ce qui concerne les questions relevant du domaine privé, que le principe de confidentialité doit être garanti. A la lumière de ces observations, il a été suggéré que le paragraphe 2 n'implique pas l'obligation de stocker des messages et que cette question soit plutôt laissée à la discrétion des parties. On a donné à entendre qu'un tel résultat pourrait être obtenu en remplaçant le mot "seront" par les mots "peuvent être". On a également noté que la formulation actuelle du paragraphe 2 n'était pas suffisante pour garantir l'intégrité du message. Pour remédier à cette insuffisance, il a été proposé que les mots "sans modification et de manière sûre" soient ajoutés après le mot "stockés". Toutefois, le paragraphe 2 risquait, s'est-on aussi inquiété, de ne pouvoir être appliqué dans la pratique, compte tenu de certains systèmes de télécopie.

Paragraphe 3

167. Il a été proposé que la notion d'accessibilité aux messages et d'intelligibilité des messages soit soulignée dans le paragraphe 3. Des opinions divergentes ont été exprimées quant à l'obligation de disposer du matériel nécessaire pour extraire et reproduire des messages. Selon une opinion, il fallait spécifier une telle obligation car l'entretien du matériel était une condition importante pour l'extraction et la reproduction des messages. Selon une autre opinion, cette obligation était trop contraignante et ne devait pas être spécifiée.

168. Bien que le Groupe de travail n'ait pas déterminé si l'obligation envisagée dans la dernière phrase du projet du paragraphe 3 devait être spécifiée dans les règles uniformes, de l'avis général les mots "*Any operational equipment* [...] *shall be retained*" étaient inappropriés car ils donnaient l'impression que l'utilisateur d'un matériel avait l'obligation de l'immobiliser et d'en garder physiquement la totalité. La notion d'"*availability*" (disponibilité) était, a-t-on estimé, préférable à celle de "*retention*". Le Groupe de travail a prié le Secrétariat de revoir l'article 14 en tenant compte des observations et des commentaires qui avaient été faits.

[Article 15. Responsabilité]

169. Le texte du projet d'article 15 examiné par le Groupe de travail était le suivant :

"[1. Dans le cas où une des parties n'observe pas une des dispositions contenues dans les règles uniformes, cette partie sera responsable des dommages résultant directement de sa défaillance à moins qu'elle n'ait subi un empêchement du fait de circonstances échappant à son contrôle et qui ne pouvaient être raisonnablement prévues pour être pris en considération au moment où cette partie a commencé à envoyer et à recevoir des messages EDI ou dont les conséquences ne pouvaient être évitées ou surmontées.

"2. En aucun cas, l'une ou l'autre des parties ne peut être tenue pour responsable des dommages spéciaux indirects ou conséquents.

"3. Si une partie engage un intermédiaire pour exécuter des services tels que la transmission, la réception ou l'exécution d'un message, cette partie sera responsable des dommages résultant directement des actes, des défaillances ou omissions de l'intermédiaire dans l'exécution de ces services.

"4. Si une partie demande à une autre partie de recourir aux services d'un intermédiaire pour effectuer la transmission, la réception ou l'exécution d'un message EDI, la partie qui demande de tels services sera responsable vis-à-vis de l'autre partie pour les dommages résultant directement des actes, défaillances ou omissions de l'intermédiaire dans l'exécution de ces services.]"

Ensemble de l'article

170. Selon un avis, l'article 15 dans son ensemble devrait être supprimé car les règles uniformes ne semblaient pas, du moins à ce stade, introduire des obligations venant s'ajouter

à celles imposées par la législation applicable et les arrangements contractuels adoptés par les parties. Certains se sont prononcés pour le maintien de cet article 15. Il a été avancé qu'à ce stade il serait prématuré de répondre avec certitude à la question de savoir si les règles uniformes établiraient ou non de nouvelles obligations aux parties. A ce propos, il a été déclaré que les articles 10, 11 et 14 pourraient imposer de telles obligations et qu'il était trop tôt pour évaluer pleinement cette possibilité.

Paragraphe 1

171. Selon une opinion, le paragraphe 1 de l'article 15 devrait être supprimé. Il a été noté qu'en principe deux types de responsabilité étaient envisageables, la responsabilité sans faute et la responsabilité pour faute. A ce propos, il a été demandé pourquoi il faudrait adopter un régime de responsabilité sans faute du type de celui visé au paragraphe 1. Il a été ajouté qu'un régime de responsabilité pour faute n'était pas non plus nécessaire puisque, comme il avait déjà été indiqué, les règles uniformes n'imposaient pas d'obligations légales aux parties. Pour ce qui est des obligations contractuelles, il a été noté qu'elles posaient des problèmes liés à l'opération sous-jacente, qui devraient être régis par la législation applicable et par les arrangements contractuels adoptés par les parties.

172. Certains se sont prononcés pour le maintien du paragraphe 1 de l'article 15. On a déclaré qu'une telle règle était nécessaire afin d'éviter l'application de législations nationales divergentes, ce qui pourrait être source d'incertitudes juridiques et donc faire obstacle au recours à l'EDI. En outre, il a été noté qu'une règle sur la responsabilité pourrait se révéler utile, étant donné le risque de voir les tribunaux accorder des dommages-intérêts disproportionnés par rapport aux montants en jeu dans les messages de données commerciales, risque qui, a-t-on dit, était une grave source de préoccupation et constituait un obstacle au commerce électronique.

Paragraphe 2

173. On a avancé que le paragraphe 2 risquait d'être source de confusion, car il utilisait des termes tels que "dommages spéciaux, indirects ou conséquents", termes qui n'avaient aucun sens, ou avaient un sens peu clair, dans un certain nombre de systèmes juridiques. On a également jugé que le paragraphe 2, dans la mesure où il semblait exclure la responsabilité même en cas d'acte intentionnel et de faute grave, s'écartait sans raison de ce qui était considéré comme la règle dans la plupart des systèmes juridiques. Vu ces préoccupations, il a été jugé que, même si le paragraphe 1 était retenu, le paragraphe 2 devrait être supprimé.

Paragraphe 3

174. Il a été noté que le paragraphe 3 suscitait un certain nombre de questions. Par exemple, sur quelle base reposait la responsabilité d'une partie ayant engagé un intermédiaire en cas de dommages causés par ledit intermédiaire, ou de non-respect de l'obligation de diligence ou de garantie ? Envers qui la partie ayant engagé un intermédiaire était-elle responsable ? On pouvait déduire qu'il s'agissait de l'autre partie, mais, a-t-on indiqué, une telle règle pourrait ne pas être raisonnable dans le cas où le même intermédiaire avait été engagé par les deux parties, ou le cas où la décision quant à la partie qui engagerait l'intermédiaire était fortuite. Il a également été demandé si la responsabilité de la partie ayant engagé l'intermédiaire était une responsabilité principale, ou si elle découlait de la responsabilité de l'intermédiaire, c'est-à-dire si l'autre partie pouvait directement intenter un recours contre la partie ayant engagé l'intermédiaire, ou ne pourrait le faire qu'après avoir intenté un recours n'ayant pas abouti contre l'intermédiaire.

Paragraphe 4

175. Selon un avis, le paragraphe 4 était superflu. Il a été indiqué qu'il s'appliquait aux cas où une partie priait l'autre d'engager un intermédiaire et que, dans ces cas, un contrat aurait été conclu entre les parties, contrat qui traiterait normalement de la question de la responsabilité.

176. Lors de la conclusion du débat, il a été avancé que le maintien de l'article 15, alors qu'actuellement les règles uniformes ne semblaient pas établir de nouvelles obligations dont la violation engagerait la responsabilité d'une partie, risquerait de donner l'impression que de nouvelles obligations étaient imposées. L'attention a été appelée sur le fait que cela risquerait de dissuader d'adopter les règles uniformes. Toutefois, le Groupe de travail a décidé de conserver l'article 15 entre crochets, afin de faciliter l'examen, à un stade ultérieur, de la question de savoir si une disposition de ce type était ou non justifiée. Le Secrétariat a été prié d'élaborer une version révisée de l'article 15, compte tenu des diverses suggestions et préoccupations exprimées.

III. AUTRES QUESTIONS A EXAMINER

177. Le Groupe de travail a étudié si d'autres questions devaient être traitées dans les règles uniformes. Pour ce qui est d'une suggestion figurant dans la note du Secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.57), selon laquelle la question de la responsabilité des tiers prestataires de services pourrait être examinée, il a été jugé dans l'ensemble que, s'il serait peut-être nécessaire d'aborder cette question à un stade ultérieur, compte tenu de l'évolution de l'EDI, cela serait prématuré à ce stade. Pour ce qui est de la question des titres de propriété et sûretés, le Groupe de travail a noté que la Commission, à sa vingt-sixième session, avait examiné une suggestion selon laquelle il serait nécessaire d'élaborer des règles traitant de ces questions particulières. Il a été jugé dans l'ensemble que ce ne serait qu'après avoir achevé les règles uniformes en cours d'élaboration, règles qui se voulaient spécifiques, que le Groupe de travail serait à même d'entreprendre des travaux dans des domaines particuliers pour lesquels des règles plus détaillées seraient peut-être nécessaires. Pour ce qui des relations possibles entre les règles uniformes et les règles juridiques relatives à la protection des données personnelles pouvant exister dans certains pays, il a été jugé dans l'ensemble que, lorsqu'il existait de telles règles, elles avaient pour objet de protéger la vie privée, ce qui dépassait de beaucoup le cadre de l'instrument que pourrait élaborer la Commission. Il a toutefois été convenu que les questions de protection des données personnelles pourraient devoir être examinées lors de l'élaboration des règles uniformes.

B. Documents de travail soumis au Groupe de travail sur les échanges de données informatisées à sa vingt-sixième session

1. *Projet de règles uniformes sur les aspects juridiques de l'échange de données informatisées et moyens connexes de communication de données commerciales : note du Secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.57) [Original : anglais]*

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	182
I. PROJET DE TEXTE DE RÈGLES UNIFORMES SUR LES ASPECTS JURIDIQUES DES ÉCHANGES DE DONNÉES INFORMATISÉES (EDI) ET AUTRES MOYENS CONNEXES DE COMMUNICATION DE DONNÉES COMMERCIALES	183
CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GÉNÉRALES	183
Article 1er. Champ d'application	183
Article 2. Définitions	184
Article 3. Interprétation des règles uniformes	185
Article 4. Interprétation des règles	185
Article 5. Dérogation conventionnelle	186
CHAPITRE II. CONDITIONS DE FORME	186
Article 6. Équivalent fonctionnel de "l'écrit"	186
Article 7. Équivalent fonctionnel de la "signature"	187
Article 8. Équivalent fonctionnel d'un "original"	188
Article 9. Valeur probante des données commerciales	189
CHAPITRE III. COMMUNICATION ET MESSAGES DE DONNÉES COMMERCIALES	189
Article 10. [Nature contraignante] [Efficacité] des messages des données commerciales	189
Article 11. Obligations découlant de la transmission	190
Article 12. Formation des contrats	190
Article 13. Réception de messages de données commerciales	191
Article 14. Enregistrement et stockage de messages de données commerciales	191
[Article 15. Responsabilité]	191
II. AUTRES QUESTIONS A EXAMINER	192

INTRODUCTION

1. A sa vingt-quatrième session en 1991, la Commission, considérant que les aspects juridiques de l'échange de données informatisées (EDI) prendraient de plus en plus d'importance à mesure que l'utilisation de l'EDI se propagerait, a décidé d'entreprendre un examen de ces problèmes. Elle a estimé qu'étant donné le nombre des problèmes posés le sujet devrait être traité de façon approfondie par un groupe de travail[1]. A la suite de cette décision, le Groupe de travail des paiements internationaux a consacré sa vingt-quatrième session à l'identification et à l'examen des problèmes juridiques que posent les progrès de l'utilisation de l'EDI.

2. A sa vingt-cinquième session, en 1992, la Commission était saisie du rapport du Groupe de travail des paiements internationaux sur les travaux de sa vingt-quatrième session (A/CN.9/360). Suivant les suggestions du Groupe de travail, la Commission a considéré qu'il était nécessaire d'examiner plus avant les aspects juridiques de l'EDI et de mettre au point des règles pratiques dans ce domaine. La Commission a décidé que, s'il était trop tôt pour décider de la forme définitive ou du contenu définitif des règles juridiques à établir, elle n'en devrait pas moins s'efforcer d'atteindre les meilleures conditions possibles de certitude et d'harmonisation.

3. Après discussion, la Commission a approuvé les recommandations contenues dans le rapport du Groupe de travail (A/CN.9/360, par. 129 à 133), et elle a chargé le Groupe de

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-sixième session, Supplément n° 17* (A/46/17), par. 306 à 317.

travail des paiements internationaux, appelé désormais Groupe de travail sur les échanges de données informatisées, d'établir des règles juridiques sur l'EDI[2].

4. Le Groupe de travail sur les échanges de données informatisées a commencé ses travaux lors de sa vingt-cinquième session, tenue à New York, du 4 au 15 janvier 1993. A cette session, le Groupe de travail a examiné un certain nombre de problèmes juridiques exposés dans une note établie par le Secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.55). Le Groupe de travail a estimé qu'il devrait poursuivre ses travaux étant entendu que les règles uniformes seraient rédigées sous la forme de règles statutaires. Le Groupe de travail a cependant renvoyé à plus tard la décision définitive sur la forme précise que ces règles devraient prendre (A/CN.9/373, par. 34). A la fin de la session, le Groupe de travail a demandé au Secrétariat de rédiger des dispositions provisoires avec des variantes en se fondant sur les délibérations et les décisions du Groupe de travail lui-même pendant la session et qu'il examinerait à sa prochaine session (A/CN.9/373, par. 10).

5. La présente note contient le texte du projet de dispositions demandé par le Groupe de travail ainsi qu'un commentaire.

6. A sa vingt-sixième session, tenue à Vienne du 5 au 23 juillet 1993, la Commission était saisie du rapport sur les travaux de sa vingt-cinquième session présenté par le Groupe de travail sur les échanges de données informatisées (A/CN.9/373). La Commission a exprimé son appréciation de la tâche accomplie par le Groupe de travail. Elle a noté que le Groupe de travail avait commencé à examiner le contenu d'une loi uniforme sur l'EDI en espérant qu'il poursuivrait avec diligence la rédaction de ce texte.

7. D'après une opinion exprimée, outre les dispositions statutaires, le Groupe de travail devrait commencer à préparer un accord type de communication pour l'usage facultatif des utilisateurs d'EDI. En effet, la plupart des tentatives faites pour résoudre les problèmes juridiques posés par l'utilisation de l'EDI étaient actuellement fondées sur une approche contractuelle. Cette situation rendait nécessaire un modèle universel qui serait utilisé pour la rédaction d'arrangements contractuels. Il a été rappelé à cet égard que la préparation d'un accord type de communication pour usage universel avait été suggérée lors de la fin de la quatrième session de la Commission. La Commission, à cette époque, avait estimé qu'il serait prématuré de s'engager dans l'immédiat à la préparation d'un accord type de communication et qu'il serait préférable, à titre provisoire, d'observer l'évolution de la situation dans d'autres organisations, particulièrement dans les Communautés européennes et la Commission économique pour l'Europe[3].

8. Après discussion, la Commission a confirmé sa décision prise antérieurement de surseoir à l'examen de la question, jusqu'à ce que les textes d'accord type en cours d'élaboration dans ces organisations soient mis à la disposition de la Commission pour examen.

9. Il a été suggéré qu'en plus des travaux en cours au sein du Groupe de travail, il faudrait examiner les problèmes particuliers que posait l'utilisation de l'EDI dans certains contextes commerciaux spécifiques. L'utilisation de l'EDI pour la passation de marchés et le remplacement de connaissements sur papier ou autres titres de droits réels par des messages EDI ont été cités comme exemples des sujets qui nécessitaient un examen particulier. Il a été encore suggéré que la Commission fixe une date limite au Groupe de travail pour l'achèvement de ses travaux en cours. Selon la vue prédominante cependant, le Groupe de travail devrait continuer à travailler dans le cadre du large mandat qu'il tenait de la Commission. Il a été convenu qu'après avoir terminé l'élaboration de règles générales sur l'EDI, le Groupe de travail examinerait d'autres domaines dans lesquels des règles plus détaillées pourraient être nécessaires.

I. PROJET DE TEXTE DE RÈGLES UNIFORMES SUR LES ASPECTS JURIDIQUES DES ÉCHANGES DE DONNÉES INFORMATISÉES (EDI) ET AUTRES MOYENS CONNEXES DE COMMUNICATION DE DONNÉES COMMERCIALES

Chapitre premier. Dispositions générales

Article premier. *Champ d'application**

1) Les présentes règles s'appliquent à un message de données commerciales lorsque :

Variante A : L'expéditeur et le destinataire d'un tel message se trouvent dans des États différents [au moment auquel le message est expédié];

Variante B : *a)* L'expéditeur et le destinataire d'un tel message ont, au moment où le message est [préparé ou] envoyé, leurs établissements commerciaux dans différents États;

b) Tout lieu où une partie substantielle des obligations au titre de la relation commerciale sur lesquelles porte le message, ou le lieu auquel l'objet du message est le plus étroitement lié, est situé hors d'un État sur le territoire duquel l'une ou l'autre des parties a son établissement commercial;

Variante C : Le message concerne des intérêts dans le contexte du commerce international.

2) Les présentes règles régissent uniquement l'échange et le stockage des messages de données commerciales et les droits et obligations découlant de cet échange ou de ce stockage. Sauf disposition contraire dans les présentes règles, elles ne s'appliquent pas à la substance d'une opération commerciale aux fins de laquelle un message de données commerciales est envoyé ou reçu.

*Les présentes règles [ne portent pas sur des questions] [ne substituent à aucune loi] [ne relèvent d'aucune loi] relative(s) à la protection des consommateurs.

Références

A/CN.9/373, par. 21 à 26 et 29 à 33 (vingt-cinquième session, 1993)
A/CN.9/WG.IV/WP.55, par. 7 à 20
A/CN.9/360, par. 29 à 31 (vingt-quatrième session, 1992)
A/CN.9/WG.IV/WP.53, par. 25 à 33

[2] *Ibid., quarante-septième session, Supplément n° 17* (A/47/17), par. 140 à 148.

[3] *Ibid., quarante-sixième session, Supplément n° 17* (A/46/17), par. 316.

Remarques

Caractère international du message de données commerciales

1. A sa vingt-cinquième session, le Groupe de travail a examiné le cas où les règles uniformes devraient être limitées dans sa portée aux utilisations internationales de l'EDI ou si elles devraient porter à la fois sur les utilisations internationales et internes de l'EDI. Les variantes contenues au paragraphe 1 correspondent à différentes approches en faveur desquelles un appui a été exprimé à la vingt-cinquième session du Groupe de travail par les délégations dont l'opinion générale était que la portée des règles uniformes devrait être limitée à des situations internationales (voir A/CN.9/373, par. 25). La notion d'internationalité qui figure à la variante A est extraite de l'article 1*-1 de la Loi type sur les transferts de crédit internationaux de la CNUDCI. Le texte de la variante B était inspiré de l'article 1*-3 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international. La variante C utilise la notion d'internationalité adoptée par certains États pour distinguer l'arbitrage international de l'arbitrage interne (article 1492 du nouveau code français de procédure civile).

2. Il est à noter que le libellé des variantes A et B pourrait s'appliquer à un message de données commerciales effectivement transmis entre un expéditeur et un destinataire, aussi bien qu'à un message de données commerciales stockées par un destinataire. Selon la définition qui serait donnée d'un "message de données commerciales", les textes pourraient également s'appliquer à un enregistrement créé en conséquence de l'informatisation des données commerciales transmises par un document sur papier. Cependant, l'une et l'autre variante supposent une transmission de données et ne s'appliqueraient donc pas à des enregistrements sur ordinateur créés hors du contexte d'une telle transmission. La variante C ne suppose pas qu'il y ait eu transmission de données et s'appliquerait en même temps à des messages transmis entre un expéditeur et un destinataire et à des enregistrements stockés sans que l'on puisse présumer que les données seraient transmises.

3. Il peut être extrêmement difficile de distinguer dans la pratique les utilisations internationales des utilisations internes de l'EDI. Par exemple, l'émetteur d'une offre de contrat, dont l'offre est diffusée par un réseau ouvert, ne pourrait en aucune façon savoir à l'avance d'où provient l'acceptation. En outre, même dans les cas où un critère d'internationalité pourrait être utilisé pour étayer une telle distinction entre des transactions internationales et des transactions internes, la position des utilisateurs de l'EDI pourrait être négativement affectée si deux régimes juridiques différents s'appliquaient aux transactions internationales et aux transactions internes. On pourrait rappeler qu'un objet important des règles uniformes est de faciliter l'utilisation de l'EDI en établissant le caractère légal de communications transmises par des moyens électroniques. Le Groupe de travail pourrait vouloir considérer s'il est concevable et souhaitable de créer une situation dans laquelle, par exemple, la valeur probante d'un facteur transmis par un message EDI ou son admissibilité à des fins réglementaires serait traitée différemment selon que la transmission a été effectuée dans un contexte international ou dans un contexte interne, tandis que la nature commerciale de l'opération en question (par exemple une vente de biens) est la même dans l'un et l'autre cas.

4. Afin qu'un État puisse appliquer les règles uniformes tant à des messages internes qu'à des messages internationaux, l'article premier pourrait être modifié comme suit :

"Les présentes règles s'appliquent aux messages de données commerciales, tels qu'ils sont définis à l'article 2."

Le message : objet principal des règles uniformes

5. Le projet de paragraphe 2 a été rédigé pour tenir compte de la décision prise par le Groupe de travail à sa vingt-cinquième session, selon laquelle l'objet principal des règles uniformes devait être le message de données commerciales et non les opérations ou les contrats qui résultent d'un échange de tels messages, sauf exceptions (voir A/CN.9/373, par. 26).

Opérations impliquant des consommateurs

6. A sa vingt-cinquième session, le Groupe de travail a décidé que, si les règles uniformes ne devaient pas traiter de questions spéciales relatives à la protection des consommateurs, elles devraient s'appliquer à tous les messages, y compris les messages émanant des consommateurs ou destinés à ceux-ci. On a signalé que les règles uniformes auraient probablement pour effet d'améliorer la situation des consommateurs en introduisant une plus grande certitude juridique dans leurs opérations. Cependant, conformément à la décision selon laquelle les règles uniformes devraient être axées sur les messages et non sur les contrats ou autres obligations qui étaient l'objet des messages, le Groupe de travail a estimé dans son ensemble que les règles uniformes ne devraient pas donner une définition des opérations impliquant des consommateurs. On a donc jugé préférable de traiter de la question de la protection des consommateurs dans une note de bas de page, une solution technique qui éviterait d'avoir à donner une définition du consommateur.

7. Le projet de texte pour la note de bas de page permettrait aux États dans l'application des règles uniformes d'inclure une définition du "consommateur" qui pourrait s'appliquer à certains types d'opérations pour lesquelles il pourrait être bon de prévoir des règles de protection particulières.

Article 2. *Définitions*

Aux fins des présentes règles :

a) "Message de données commerciales" désigne une série de données commerciales échangées [ou stockées] au moyen d'échanges de données informatisées (EDI), de télégrammes, de télex, de télécopies ou autres moyens [analogues] de transmission [ou de stockage] de données [numériques], [à l'exclusion des communications purement verbales] qui [par elles-mêmes] constituent un enregistrement complet des données;

b) "Échange de données informatisées (EDI)" désigne la transmission d'ordinateur à ordinateur de données commerciales selon un mode de présentation uniformisé (format standard);

c) "Expéditeur" désigne toute personne qui envoie un message de données commerciales auquel s'appliquent les présentes règles [pour son propre compte [ou toute personne pour le compte de laquelle un message de données commerciales régi par les présentes règles est présumé avoir été envoyé]];

d) "Destinataire" désigne une personne qui reçoit un message de données commerciales régi par les présentes règles ou qui est censé en dernier ressort recevoir un tel message;

e) "Intermédiaire" désigne une entité qui, dans le cadre ordinaire de ses activités commerciales, s'emploie à recevoir des messages de données commerciales régis par les présentes règles et doit faire parvenir de tels messages à leurs destinataires. [Un intermédiaire peut exercer de telles fonctions en formatant, traduisant et stockant entre autres de tels messages.]

Références

A/CN.9/373, par. 11 à 20, 26 à 28, et 35 et 36 (vingt-cinquième session, 1993)
A/CN.9/WG.IV/WP.55, par. 23 à 26

Remarques

Message de données commerciales

1. La référence au "message de données commerciales" aussi bien que le titre proposé pour les règles uniformes doit correspondre à l'approche suivie par le Groupe de travail à ses vingt-quatrième et vingt-cinquième sessions, selon laquelle, dans la rédaction des règles uniformes, le Groupe de travail penserait à une notion élargie de l'EDI portant sur une gamme étendue d'utilisations dans un contexte commercial de l'EDI qui pourrait trouver sa place à la rubrique "Commerce électronique". Considérant que la notion d'EDI tend à être interprétée au sens étroit comme l'échange d'ordinateur à ordinateur de données normalisées, on pense que les "messages" qui sont l'objet essentiel des règles uniformes ne devraient pas être désignés dans tous les cas comme des "messages EDI".

2. La notion de "message de données commerciales" a été utilisée dans le texte des Règles de conduite uniformes pour l'échange de données commerciales par télétransmission (Règles de l'UNCID) publiées par la Chambre internationale de commerce (CIC) en 1987. Le texte des Règles de l'UNCID est reproduit en annexe au document A/CN.9/WG.IV/WP.53. Les Règles de l'UNCID définissent un "message de données commerciales" comme étant des données commerciales échangées entre parties concernées par la conclusion ou l'exécution d'une transaction commerciale. On estime que le projet de définition contenu dans la présente note n'est pas incompatible avec les Règles de l'UNCID.

3. La définition large d'un "message de données commerciales" est prévue pour prendre en compte les préoccupations exprimées à la vingt-cinquième session et selon lesquelles les règles uniformes devraient s'appliquer non seulement aux messages EDI au sens étroit mais également à des techniques telles que télex et télécopie (voir A/CN.9/373, par. 12), et non seulement aux messages qui sont échangés entre les parties mais aussi aux enregistrements (voir A/CN.9/373, par. 81). Dans la rédaction du projet de règles uniformes, on a considéré que tous les éléments de cette définition large seraient retenus.

Échange de données informatisées (EDI)

4. Tandis que le Groupe de travail à ses vingt-quatrième et vingt-cinquième sessions a décidé de surseoir à sa décision définitive en ce qui concerne la définition de l'EDI, on propose que, si l'EDI doit figurer sur une liste comprenant d'autres moyens de transmission et de stockage des données régis par les règles uniformes, une définition est indispensable et cette définition devrait être la définition étroite utilisée, par exemple, aux fins des messages UN/EDIFACT, c'est-à-dire une définition dans la ligne de celles qui sont également utilisées dans de nombreux accords types de communication en vigueur.

Expéditeur, destinataire et intermédiaire

5. Dans le projet de définition contenu à l'alinéa *c*, la personne qui stocke des données commerciales dans un ordinateur serait l'expéditeur d'un message. Les mots entre crochets comprendraient l'expéditeur apparent dans la définition d'un expéditeur.

Article 3. *Interprétation des règles uniformes*

1) Dans l'interprétation des présentes règles, il doit être tenu compte de leur caractère international et le respect de la nécessité de promouvoir l'uniformité dans leur application et la bonne foi dans le commerce international.

2) Les questions concernant des sujets régis par les présentes règles, et qui ne sont pas expressément tranchées par elles, seront résolues selon les principes généraux sur lesquels lesdites règles sont fondées ou, en l'absence de tels principes, conformément à la loi applicable en vertu des règles du droit international privé.

Références

A/CN.9/373, par. 38 à 42 (vingt-cinquième session, 1993)
A/CN.9/WG.IV/WP.55, par. 30 et 31

Remarques

1. Le projet d'article est établi sur le modèle de l'article 7 de la Convention des Nations Unies sur les ventes.

Article 4. *Interprétation des règles*

1) Aux fins des présentes règles, les indications et autres comportements d'une partie doivent être interprétés selon l'intention de celle-ci lorsque l'autre partie connaissait ou ne pouvait ignorer cette intention.

2) Si le paragraphe précédent n'est pas applicable, les indications et autres comportements d'une partie doivent être interprétés selon le sens qu'une personne raisonnable de même qualité que l'autre partie, placée dans la même situation, leur aurait donné.

3) Pour déterminer l'intention d'une partie ou ce qu'aurait compris une personne raisonnable, il doit être tenu compte des circonstances pertinentes, notamment des négociations qui ont pu avoir lieu entre les parties, des habitudes qui se sont établies entre elles, des usages et de tout comportement ultérieur des parties.

Références

A/CN.9/373, par. 38 à 42 (vingt-cinquième session, 1993)
A/CN.9/WG.IV/WP.55, par. 30 et 31

Remarques

1. Le présent article est établi sur le modèle de l'article 8 de la Convention des Nations Unies sur les ventes.

Article 5. *Dérogation conventionnelle*

Sauf disposition contraire des présentes règles, l'expéditeur et le destinataire d'un message de données commerciales peuvent modifier les droits et obligations découlant des présentes règles.

Références

A/CN.9/373, par. 37 (vingt-cinquième session, 1993)
A/CN.9/WG.IV/WP.55, par. 27 à 29

Remarques

1. Le libellé du projet d'article 5 est établi d'après le modèle de l'article 4 de la Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux.

Chapitre II. Conditions de forme

Article 6. *Équivalent fonctionnel de "l'écrit"*

1) *Variante A* : Par "écrit", on désigne notamment les télégrammes, les messages télex [télécopies, messages EDI, courrier électronique] et tout autre message de données commerciales qui assure la préservation des renseignements y figurant et peut être reproduit sous une forme [tangible] [propre à être lue] [ou de toute autre façon requise par la loi applicable];

Variante B : Dans les situations juridiques où un "écrit" est requis [explicitement ou implicitement], on doit entendre par "écrit" toute inscription sur un support quelconque apte à transmettre dans leur intégralité les informations contenues dans l'inscription [intentionnellement préservée ou transmise et] qui peuvent être reproduites sous une forme propre à être lue;

Variante C : Toute forme d'enregistrement électronique [ou analogue] d'une information est réputée être un équivalent fonctionnel de l'"écrit", à condition que l'information puisse être reproduite sous une forme visible et intelligible et qu'elle puisse être préservée en tant qu'enregistrement;

Variante D : *a)* Aux fins d'une règle de droit qui exige expressément ou implicitement que certaines informations soient enregistrées ou présentées sous forme écrite, toute forme d'enregistrement électronique [ou analogue] de l'information est réputée être un équivalent de l'écrit, à condition que l'enregistrement électronique [ou analogue] remplisse les mêmes fonctions qu'un document sur papier;

b) En déterminant si un enregistrement remplit les mêmes conditions qu'un écrit, il sera tenu dûment compte de tout accord conclu entre les parties en ce qui concerne le statut de cet enregistrement.

2) Aux fins du présent article, on entend par "enregistrement" une représentation symbolique durable de l'information sur une forme objectivement perceptible ou susceptible d'être reproduite sous une forme objectivement perceptible.

3) Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas aux situations suivantes : [...].

Références

A/CN.9/373, par. 45 à 61 (vingt-cinquième session, 1993)
A/CN.9/WG.IV/WP.55, par. 39 à 49
A/CN.9/360, par. 32 à 43 (vingt-quatrième session, 1992)
A/CN.9/WP.IV/WP.53, par. 37 à 45
A/CN.9/350, par. 68 à 78
A/CN.9/333, par. 20 à 28

Remarques

Définition élargie de l'"écrit"

1. A la vingt-cinquième session du Groupe de travail, certaines délégations se sont montrées favorables à une définition élargie de l'"écrit". Cette approche se reflète dans le texte des variantes A et B, qui étaient proposées à la vingt-cinquième session. On estime qu'une définition élargie de l'"écrit" telle qu'elle figure à l'article 13 de la Convention des Nations Unies sur les ventes est utile dans le contexte d'un texte juridique qui prévoit expressément certaines conséquences juridiques selon que certaines données sont présentées par écrit. Cependant, une telle définition élargie peut être insuffisante pour tenir compte de toutes les situations dans lesquelles la législation dans un pays donné, si elle n'exige pas la présentation de documents sur papier, est rédigée d'une telle manière qu'elle ne peut s'appliquer qu'à une documentation sur papier. Une telle situation n'est pas rare car elle est une conséquence du fait que les droits et obligations étaient généralement établis sur la présomption que les données étaient normalement présentées sur support papier.

2. Si l'une ou l'autre de ces variantes est retenue, le texte pourrait devoir être complété par un paragraphe rédigé comme suit : "Le paragraphe ci-dessus s'applique lorsque le contexte ou l'utilisation de mots tels que 'document' signifie qu'un écrit est exigé".

3. On peut noter que dans certains accords types d'échange, comme l'Accord type européen sur l'EDI, une approche différente est suivie dans laquelle aucune tentative n'est faite de créer un équivalent à des documents écrits. En revanche, les conditions dans lesquelles les données informatisées auraient une valeur légale sont établies directement.

Équivalent fonctionnel de l'"écrit"

4. Les variantes C et D ne sont pas fondées sur une définition élargie de l'"écrit". Elles visent plutôt à créer une présomption selon laquelle les mêmes conséquences juridiques découleront de la présentation de données sur papier et sous une autre forme à condition que les fonctions soient équivalentes quel que soit le support employé. La variante D, pour laquelle un certain appui a été exprimé à la vingt-cinquième session du Groupe de travail, vise expressément certaines des fonctions remplies par le papier. On se souviendra que d'autres fonctions du papier ont également été identifiées par le Groupe de travail lors de ses séances antérieures. Cependant, le Groupe de travail a également noté

que tous les documents sur papier ne remplissent pas les mêmes fonctions et que toutes les conditions expresses ou implicites selon lesquelles les données doivent être présentées sous forme écrite n'étaient pas toujours basées sur la présomption selon laquelle le support sur lequel l'information doit être présentée remplit toutes les fonctions concevables du papier. Il pourrait être excessivement difficile pour les utilisateurs d'EDI d'exiger que tous les enregistrements électroniques ou analogues de données remplissent toutes les fonctions du papier. La variante D pose uniquement un principe général laissant le soin aux tribunaux ou à toutes autres règles légales d'établir dans chaque cas ce qu'est un équivalent fonctionnel du papier.

5. On se souviendra que l'équivalent fonctionnel de l'écrit ne doit pas être confondu avec d'autres niveaux ou éléments tels que l'identification. Le simple fait d'exiger un "écrit" ne signifie pas que d'autres conditions sont remplies. A titre d'exemple de cette distinction, on peut noter qu'aux termes de l'article 25 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux, "une offre est soumise par écrit, signée, dans une enveloppe scellée" et "une offre peut également être soumise sous toute autre forme spécifiée dans le dossier de sollicitation qui atteste de la teneur de l'offre et qui assure au moins un degré similaire d'authenticité, de sécurité et de confidentialité". Bien que le mot "record" ait été utilisé (dans le texte anglais) comme un équivalent d'"écrit" des textes de la CNUDCI tels que l'article 1 de la Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international, les conditions supplémentaires d'authenticité, de sécurité et de confidentialité sont traitées séparément.

La notion de "record"

6. La définition du mot "*record*" (texte anglais) provisoirement appelé "X" est actuellement à l'étude au sein du Sous-Comité des pratiques commerciales électroniques de l'American Bar Association (voir A/CN.9/WG.IV/WP.55, par. 47).

Possibilité de dérogation

7. A sa précédente session, le Groupe de travail a examiné la question des relations entre les usagers de l'EDI et les autorités publiques, ainsi que celle des opérations impliquant des conditions spéciales de forme (A/CN.9/373, par. 45 à 49). Certaines délégations ont estimé que les règles uniformes ne devraient pas tenter de déroger aux conditions de forme imposées à des fins réglementaires ou d'ordre public (voir A/CN.9/373, par. 48 et 49). Dans le même ordre d'idées, la crainte a été exprimée que l'adoption d'une définition élargie puisse avoir pour conséquence fâcheuse de valider la dématérialisation des instruments pour lesquels les États désireraient peut-être maintenir le support papier, par exemple en ce qui concerne les chèques et les titres (voir A/CN.9/373, par. 56). On estime que, si une définition élargie de l'"écrit" était adoptée, une disposition générale devrait permettre aux États de prévoir des exceptions dans la définition de l'instrument en vertu duquel ils appliquent les règles uniformes au plan national.

8. Le projet de paragraphe 2 permettrait aux États d'établir une liste des opérations spécifiques ou des domaines législatifs dans lesquels l'utilisation de messages de données commerciales remplaçant le papier ne serait pas autorisée. Une telle disposition soulignerait le fait que, aux termes des règles uniformes, les messages de données commerciales seraient normalement acceptables en remplacement du support papier, tandis que l'obligation de présenter des documents sur papier serait la conséquence d'une exception à la règle générale.

Article 7. *Équivalent fonctionnel de la "signature"*

1. Lorsque la signature d'une personne est requise en vertu d'une règle de droit, cette condition sera réputée remplie en ce qui concerne un message de données commerciales si :

a) Une méthode est utilisée pour identifier l'expéditeur du message et le mode d'identification de l'expéditeur est dans les circonstances une méthode [commercialement] raisonnable de sécurité contre des messages non autorisés;

b) Une méthode d'identification de l'expéditeur a été convenue entre ledit expéditeur et le destinataire du message et cette méthode a été utilisée.

2. Pour déterminer si une méthode d'identification de l'expéditeur d'un message est [commercialement] raisonnable, certains facteurs doivent être pris en compte, notamment les suivants : le statut et l'importance économique comparative des parties; la nature de leur activité commerciale; la fréquence des opérations commerciales entre les parties; la nature et l'importance de l'opération commerciale; la fonction de la signature; la capacité des systèmes de communication; l'observation des coutumes et pratiques commerciales; l'observation des procédures d'authentification établies par les intermédiaires; la série de procédures d'authentification communiquée par un intermédiaire; l'existence de mécanismes d'assurance contre les messages non autorisés; et tous autres facteurs pertinents.

3. Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas aux situations suivantes : [...].

Références

A/CN.9/373, par. 63 à 76 (vingt-cinquième session, 1993)
A/CN.9/WG.IV/WP.55, par. 50 à 63
A/CN.9/360, par. 71 à 75 (vingt-quatrième session, 1992)
A/CN.9/WG.IV/WP.53, par. 61 à 66
A/CN.9/350, par. 86 à 89
A/CN.9/333, par. 50 à 59
A/CN.9/265, par. 49 à 58

Remarques

Les notions de "signature" et d'"authentification"

1. Si le terme d'"authentification" est communément utilisé dans l'échange de messages EDI, les expéditeurs de messages EDI et les experts de la sécurité EDI, on peut noter que la question de l'authenticité du contenu d'un document ne doit pas être confondue avec celle de la signature d'un document, c'est-à-dire de l'identification de l'auteur. L'objet du projet de paragraphe 1 est d'établir l'équivalence entre la signature manuscrite, d'une part, et l'utilisation d'une méthode qui permette d'identifier l'auteur du message,

d'autre part. Des règles supplémentaires sur l'"authentification" du contenu du message peuvent figurer dans des accords conclus entre utilisateurs d'EDI ou dans d'autres règles législatives applicables concernant par exemple la déposition de témoignages. Dans le projet de règles uniformes, la notion d'"authentification" est utilisée à l'article 10 comme un élément à considérer pour déterminer le caractère contraignant du contenu d'un message de données commerciales.

2. Une conséquence du projet de disposition est que, lorsque certaines données devraient être signées, l'expéditeur apparent de ces données par message de données commerciales est réputé être l'expéditeur réel des données et avoir rempli les obligations relatives à la signature si une méthode a été utilisée permettant d'identifier l'expéditeur du message.

La notion de norme "commercialement raisonnable"

3. Le Groupe de travail n'a pas décidé si une méthode "commercialement raisonnable" d'authentification devrait être requise dans tous les cas ou si les parties devraient être autorisées à convenir d'une méthode moins que raisonnable d'authentification (voir A/CN.9/373, par. 67 et 68).

4. Le projet de paragraphe 1 établit une distinction en vue de protéger les tiers ou les utilisateurs d'EDI qui entrent en communication en l'absence d'accord préalable, en prévoyant qu'aucune méthode déraisonnable d'identification de l'expéditeur ne leur serait opposable. Cependant, les utilisateurs d'EDI seraient libres de convenir entre eux de l'utilisation d'une méthode déraisonnable.

Possibilité de dérogation

5. S'agissant de l'équivalent d'un "écrit", les États seraient libres d'établir une liste d'opérations spécifiques ou de domaines législatifs dans lesquels l'utilisation d'une méthode autre que la signature pour identifier l'expéditeur d'un message ne serait pas autorisée (voir ci-dessus les remarques 7 et 8 au sujet du projet de l'article 6).

Article 8. *Équivalent fonctionnel d'un "original"*

1) *Variante A* : Un message émis par des moyens électroniques sur un support quelconque sera considéré comme un original, doté de la même valeur probante que s'il était sur papier, sous réserve que les conditions suivantes soient observées : la qualité d'original est attribuée au message par l'émetteur originaire de l'information; le message est signé et horodaté; il est accepté comme original de façon implicite ou explicite par l'accusé de réception du destinataire.

Variante B : Le caractère légal ne peut être refusé à des messages de données commerciales uniquement comme une conséquence de l'application d'une condition selon laquelle un document devait être présenté sous forme originale.

Variante C : Si une règle de droit prescrit qu'un document doit être présenté sous la forme originale, cette prescription sera observée par la présentation d'un message de données commerciales ou sous la forme de la sortie d'imprimante d'un tel message si :

a) Il existe une identification fiable de l'auteur du message;

b) Il existe une assurance fiable de l'intégrité du contenu du message tel qu'il a été expédié et reçu;

c) L'expéditeur et le destinataire du message sont expressément convenus que le message serait considéré comme équivalent à un document original sur papier.

2) Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas aux situations suivantes : [...].

Références

A/CN.9/373, par. 77 à 91 (vingt-cinquième session, 1993)
A/CN.9/WG.IV/WP.55, par. 64 à 70
A/CN.9/360, par. 60 à 70 (vingt-quatrième session, 1992)
A/CN.9/WG.IV/WP.53, par. 56 à 60
A/CN.9/350, par. 84 et 85
A/CN.9/265, par. 43 à 48

Remarques

1. Le texte de la variante A a déjà été utilisé comme base de discussion par le Groupe de travail à sa vingt-cinquième session (voir A/CN.9/373, par. 80 à 86).

2. Un document original peut être exigé entre autres à des fins de preuve. Si un document original est exigé à des fins de preuve dans certains systèmes juridiques, l'originalité du message détermine son admissibilité comme moyen de preuve. Tel est, par exemple, le cas dans les pays de *common law* de la "*best evidence rule*" (règle de la meilleure preuve). Dans d'autres systèmes juridiques, si l'admissibilité ne pose pas de question et que les documents originaux et les copies sont également admissibles, la valeur de la preuve peut varier selon que le document est considéré comme un original ou comme une copie. La variante B, dont la teneur a été appuyée à la vingt-cinquième session du Groupe de travail, s'appliquerait surtout à la question de l'admissibilité des messages de données commerciales comme preuves lorsque la présentation d'un document original est normalement requise (voir A/CN.9/373, par. 87).

3. Un document original peut être requis à d'autres fins, par exemple pour inclure un droit de propriété sur les biens décrits dans un connaissement négociable. La nature originale du document peut ainsi avoir un effet sur la transférabilité des droits contenus dans un titre translatif de propriété. Un connaissement par exemple ne donnerait un titre de propriété sur les biens que si ce document est un original. A ce stade, le projet de règles uniformes ne traite pas de la transférabilité des droits par des moyens électroniques. On compte que le Groupe de travail examinera la question ultérieurement (voir plus loin "autres questions à examiner").

4. La variante C contient une troisième approche en faveur de laquelle un appui a été exprimé à la session précédente du Groupe de travail (voir A/CN.9/373, par. 88). Elle expose les conditions dans lesquelles, lorsque des conséquences légales découlent de la présentation d'un document original, la présentation d'un message de données commerciales entraîne des conséquences similaires.

Notion de présentation

5. Aucune disposition du projet de règles uniformes ne devrait être interprétée comme empêchant les autorités com-

pétentes de déterminer la présentation et le logiciel que devraient garder les utilisateurs d'EDI.

Possibilité de dérogation

6. S'agissant des équivalents d'"écrit" et de "signature" dans les projets d'article 6 et 7, les États seraient libres d'indiquer les opérations spécifiques ou les domaines législatifs dans lesquels les obligations de présenter un document original seraient maintenues (voir ci-dessus remarques 7 et 8 au projet d'article 6 et la remarque 5 au projet d'article 7).

Article 9. *Valeur probante des données commerciales*

1) *Variante A* : Un message de données commerciales est admis comme preuve sous réserve qu'il soit présenté sous une forme [tangible] [lisible par l'homme] [et s'il est indiqué que le message a été envoyé et stocké d'une manière fiable].

Variante B : Dans une procédure judiciaire, aucun élément dans l'application des règles de la preuve ne s'appliquera qui empêche l'admission d'un message des données commerciales à titre de preuve sous prétexte qu'il a été conçu [électroniquement] par un ordinateur ou stocké dans un ordinateur.

2) Un message de données commerciales a [valeur probante] [la même valeur probante qu'un document écrit contenant les mêmes données] à condition qu'il soit établi que le message a été produit et stocké d'une manière fiable.

3) Dans l'évaluation de la fiabilité de la manière dont un message de données commmerciales a été produit et stocké, les éléments suivants seront pris en considération : la méthode d'enregistrement des données, l'efficacité des mesures prises pour protéger contre l'altération des données; l'efficacité de l'entretien des porteurs des données; la méthode utilisée pour l'authentification du message.

Références

A/CN.9/373, par. 97 à 102 (vingt-cinquième session, 1993)
A/CN 9/WG.IV/WP.55, par. 71 à 81
A/CN.9/360, par. 44 à 59 (vingt-quatrième session, 1992)
A/CN.9/WG.IV/WP.53, par. 46 à 55
A/CN.9/350, par. 79 à 83
A/CN.9/333, par. 29 à 41
A/CN.9/265, par. 27 à 48

Remarques

1. Le projet de paragraphe 1 traite de la question de l'admissibilité de la preuve qui peut être d'une particulière importance dans les pays de *common law*. L'objet de la disposition est d'éliminer l'obligation pour les utilisateurs d'EDI de faire la preuve de l'intégrité et de la fiabilité pour toutes les unités de traitement dans les réseaux en vue d'établir l'admissibilité des messages devant les tribunaux.

2. Le projet de paragraphe 2 traite de la question de la valeur probante des données présentées sous forme d'un message électronique. Le Groupe de travail a estimé à sa vingt-cinquième session qu'il était ni possible ni souhaitable d'établir des règles législatives détaillées pour évaluer la valeur probante des messages EDI. L'objet de la disposition est limité à la création des conditions dans lesquelles serait reconnue l'équivalence des données d'ordinateur et des données produites sur support papier traditionnel.

Chapitre III. Communication et messages de données commerciales

Article 10. *[Nature contraignante] [Efficacité] des messages des données commerciales*

1) L'expéditeur [est lié par] [est réputé avoir approuvé] le contenu d'un message de données commerciales [ou une modification ou la révocation d'un message de données commerciales] si ce message a été émis par l'expéditeur [ou pour son compte] ou par toute autre personne qui avait le pouvoir de le lier.

2) Lorsqu'un message de données commerciales [ou une modification ou une révocation d'un message de données commerciales] doit faire l'objet d'une authentification, un expéditeur apparent qui n'est pas lié en application du paragraphe 1 est néanmoins [lié] [réputé avoir approuvé le contenu du message] :

a) Si l'expéditeur apparent et le destinataire sont convenus de certaines procédures d'authentification;

b) Si l'authentification est, compte tenu des circonstances, une méthode commercialement raisonnable de protection contre les messages de données commerciales non autorisées;

c) Si le destinataire a respecté la procédure d'authentification.

3) L'expéditeur et le destinataire d'un message de données commerciales [sont] [ne sont pas] autorisés à convenir qu'un expéditeur apparent est lié en application du paragraphe 2 si, compte tenu des circonstances, l'authentification n'est pas commercialement raisonnable.

4) Un expéditeur apparent n'est toutefois pas lié en application du paragraphe 2 s'il prouve que le message qu'a reçu le destinataire résulte des actes d'une personne qui n'est ni :

a) Un employé ou un ancien employé de l'expéditeur apparent;

b) Une personne qui, de par sa relation avec l'expéditeur apparent, a eu accès à la procédure d'authentification.

La phrase qui précède ne s'applique pas si le destinataire prouve que le message de données commerciales résulte des actes d'une personne qui a eu accès à la procédure d'authentification par la faute de l'expéditeur apparent.

5) Un expéditeur qui est lié par le contenu d'un message de données commerciales est lié par les termes du message reçu par le destinataire. Cependant, l'expéditeur n'est pas lié par un message de données commerciales faisant double emploi ou par une erreur ou anomalie dans un message de données commerciales si :

a) L'expéditeur et le destinataire sont convenus d'une procédure de détection des messages faisant double emploi, des erreurs ou des anomalies dans un message;

b) L'utilisation de cette procédure par le destinataire a décelé ou aurait permis de déceler le message faisant double emploi, l'erreur ou l'anomalie.

[Le paragraphe 5 s'applique aux erreurs ou anomalies dans un message de modification ou de révocation au même titre qu'aux erreurs ou anomalies dans un message de données commerciales].

Références

A/CN.9/373, par. 109 à 115 (vingt-cinquième session, 1993)
A/CN.9/WG.IV/WP.55, par. 82 à 86

Remarques

Chapitre III

1. Le projet de chapitre III contient un certain nombre de règles conçues pour s'appliquer à la communication de messages de données commerciales entre partenaires commerciaux en l'absence d'accord antérieur entre lesdits partenaires. Les présentes règles sont de la même nature que celles qui figurent habituellement dans les accords de communication. Le Groupe de travail voudra peut-être décider dans quelle mesure les règles dans ce domaine pourraient faire l'objet d'une dérogation aux termes d'un contrat.

Article 10

2. Le texte du projet d'article 10 est fondé sur l'article 5 de la Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux. L'effet de cette disposition est que l'expéditeur apparent est considéré comme ayant approuvé le contenu du message tel qu'il a été reçu si une procédure d'authentification a été mise en œuvre.

3. Le Groupe de travail voudra peut-être considérer si les questions de révocation ou de modification du contenu des messages de données commerciales devraient être traitées dans les règles uniformes.

Article 11. *Obligations découlant de la transmission*

1) Le présent article s'applique :

a) Lorsque les expéditeurs et les destinataires de messages de données commerciales sont convenus d'utiliser des accusés de réception de ces messages;

b) Lorsque l'utilisation des accusés de réception des messages est requise par un intermédiaire;

c) Lorsque l'expéditeur d'un message de données commerciales demande un accusé de réception du message dans le message même ou de toute autre façon.

2) L'expéditeur peut demander un accusé de réception du message par le destinataire.

3) *Variante A* : [Le destinataire d'un message exigeant un accusé de réception ne peut donner suite au message reçu que lorsqu'il en a accusé réception.] [Le destinataire d'un message exigeant un accusé de réception qui donne suite au contenu du message avant d'envoyer un tel accusé de réception le fait à ses propres risques.]

6) Si le destinataire ne reçoit pas d'accusé de réception dans le délai [convenu, exigé ou dans un délai raisonnable], il peut, sur prompte notification adressée au destinataire à cet effet, traiter le message comme nul et non avenu.

Variante B : Un accusé de réception, lorsqu'il a été reçu par la partie qui a envoyé le message, constitue une [preuve concluante] [présomption de preuve] que le message visé a été reçu [et si confirmation de la syntaxe a été requise que le message était à cet égard correct]. [Qu'un accusé de réception fonctionnel ait d'autres effets juridiques ne relève pas des présentes règles.]

Références

A/CN.9/373, par. 116 à 122 (vingt-cinquième session, 1993)
A/CN.9/WG.IV/WP.55, par. 87 à 93
A/CN.9/360, par. 125 (vingt-quatrième session, 1992)
A/CN.9/WG.IV/WP.53, par. 80 et 81
A/CN.9/350, par. 92
A/CN.9/333, par. 48 et 49

Remarques

La notion d'"accusé de réception fonctionnel"

1. Le projet d'article ne contient pas de définition de l'accusé de réception. On estime que le concept d'accusé de réception s'explique par lui-même. Cependant, pour citer un exemple d'une définition possible de l'"accusé de réception", on peut noter que la définition suivante est envisagée dans la préparation de l'Accord type européen sur l'EDI :

"L'accusé de réception d'un message est la procédure par laquelle, dès réception du message, la syntaxe et la signification sont vérifiées et en conséquence un accusé de réception est envoyé". (traduction provisoire)

Cependant, si une telle définition peut convenir pour la technique EDI, elle ne serait pas applicable à des techniques de communication moins perfectionnées.

Article 12. *Formation des contrats*

1) La [validité] [reconnaissance] juridique ne sera pas refusée à un contrat conclu par messages de données commerciales [et les parties audit contrat ne pourront en contester la validité] au seul motif que le contrat a été conclu par messages de données commerciales.

2) Un contrat conclu par messages de données commerciales est formé au moment [et au lieu] où le message constituant l'acceptation d'une offre est reçu par le destinataire.

Références

A/CN.9/373, par. 126 à 133 (vingt-cinquième session, 1993)
A/CN.9/WG.IV/WP.55, par. 95 à 108
A/CN.9/360, par. 76 à 95 (vingt-quatrième session, 1992)
A/CN.9/WG.IV/WP.53, par. 67 à 78
A/CN.9/350, par. 93 à 108
A/CN.9/333, par. 60 à 75

Remarques

1. On notera que le projet de disposition peut affecter le fond de l'opération commerciale en cause dans la mesure où il traite de l'existence et de la validité d'un contrat conclu

par messages de données commerciales. Le Groupe de travail voudra peut-être décider si, dans le domaine de la formation du contrat, les règles uniformes devraient déroger au principe énoncé à l'article 1er selon lequel les règles uniformes devraient être axées sur l'échange et le stockage de données (voir ci-dessus remarque 5 au projet d'article 1er).

Article 13. *Réception de messages de données commerciales*

Un message de données commerciales est reçu par le destinataire :

Variante A : Au moment où il [atteint le] [entre dans le] [est mis à la disposition du] [est enregistré par le] [système informatique] [la boîte postale] [l'adresse du] [ou désigné par le] destinataire.

Variante B : *a)* Au moment où le message est enregistré dans le système informatique directement contrôlé par le destinataire de telle sorte que ledit message peut en être extrait; et

b) Au lieu où le destinataire a son établissement commercial.

Références

A/CN.9/373, par. 134 à 146 (vingt-cinquième session, 1993)
A/CN.9/WG.IV/WP.55, par. 95 à 108
A/CN.9/360, par. 76 à 95 (vingt-quatrième session, 1992)
A/CN.9/WG.IV/WP.53, par. 67 à 78
A/CN.9/350, par. 93 à 108
A/CN.9/333, par. 60 à 75

Remarques

1. Bien que la question du moment et du lieu de réception d'un message ait été antérieurement examinée par le Groupe de travail dans le contexte de la formation des contrats, on estime qu'une disposition générale devrait traiter du moment de réception de tous les messages quel que soit le motif pour lequel ils ont été envoyés.

2. Quant au lieu où les messages sont reçus, une suggestion a été faite à la vingt-cinquième session du Groupe de travail selon laquelle ce lieu devrait être celui où le destinataire a son installation informatique. Cependant, de l'avis général, dans de nombreux cas, ce lieu pourrait ne pas convenir étant donné que le pays, dans lequel le destinataire a son système informatique, pourrait n'avoir aucun lien avec l'opération commerciale ou avec les parties.

3. Le projet de disposition prévoit une règle permettant de déterminer le moment et le lieu de réception d'un message. Il n'a pas pour objet de traiter de la question de savoir si un message reçu a des effets juridiques.

4. Le projet de disposition n'affecte par l'application éventuelle d'autres règles de droit relatives à la réception d'un message.

Article 14. *Enregistrement et stockage de messages de données commerciales*

1) *Variante A* : Le présent article s'applique lorsque des enregistrements doivent être archivés aux termes de la législation ou la réglementation applicable ou de dispositions contractuelles.

Variante B : Sous réserve de dispositions contraires dans la législation, lorsqu'une obligation existe en ce qui concerne l'archivage des enregistrements, cette obligation [sera] [pourra] être remplie si les enregistrements sont archivés sous la forme de messages de données commerciales sous réserve que les conditions figurant aux paragraphes 2 et 3 du présent article soient remplies.

2) Les messages de données commerciales seront stockés par l'expéditeur sous le format transmis et par le destinataire dans le format sous lequel ils ont été reçus.

3) Des enregistrements électroniques ou informatiques des messages archivés seront facilement accessibles et pourront être reproduits sous une forme lisible et le cas échéant imprimés. Tout matériel opérationnel requis à ces fins sera disponible.

Références

A/CN.9/373, par. 123 à 125 (vingt-cinquième session, 1993)
A/CN.9/WG.IV/WP.55, par. 94

Remarques

1. A sa vingt-cinquième session, le Groupe de travail a semblé estimer qu'il serait souhaitable de prévoir une règle validant le stockage des enregistrements sous forme électronique ou analogue car une telle règle améliorerait les possibilités de réduire le coût de stockage des enregistrements (voir A/CN.9/373, par. 124).

2. Cependant, le projet de disposition vise à établir clairement que les États ne seront pas tenus de modifier les prescriptions nationales spécifiques en ce qui concerne l'archivage des dossiers. En particulier, les autorités compétentes ne devraient pas assumer le coût de l'entretien du matériel nécessaire pour rendre les données stockées lisibles.

[Article 15. *Responsabilité*

1) Dans le cas où une des parties n'observe pas une des dispositions contenues dans les règles uniformes, cette partie sera responsable des dommages résultant directement de sa défaillance à moins qu'elle n'ait subi un empêchement du fait de circonstances échappant à son contrôle et qui ne pouvaient être raisonnablement prévues pour être pris en considération au moment où cette partie a commencé à envoyer et à recevoir des messages EDI dont les conséquences ne pouvaient être évitées ou surmontées.

2) En aucun cas, l'une ou l'autre des parties ne peut être tenue pour responsable des dommages spéciaux indirects ou conséquents.

3) Si une partie engage un intermédiaire pour exécuter des services tels que la transmission, la réception ou l'exécution d'un message, cette partie sera responsable des dommages résultant directement des actes, des défaillances ou omissions de l'intermédiaire dans l'exécution de ces services.

4) Si une partie demande à une autre partie de recourir aux services d'un intermédiaire pour effectuer la trans-

mission, la réception ou l'exécution d'un message EDI, la partie qui demande de tels services sera responsable vis-à-vis de l'autre partie pour les dommages résultant directement des actes, défaillances ou omissions de l'intermédiaire dans l'exécution de ces services.]

Références

A/CN.9/373, par. 148 à 152 (vingt-cinquième session, 1993)
A/CN.9/WG.IV/WP.55, par. 114 à 123
A/CN.9/360, par. 97 à 103 (vingt-quatrième session, 1992)
A/CN.9/WG.IV/WP.53, par. 82 et 83
A/CN.9/350, par. 101 à 103
A/CN.9/333, par. 76

Remarques

1. La question de l'inclusion d'une règle éventuelle sur la responsabilité dans les règles uniformes n'a été abordée que brièvement par le Groupe de travail à la fin de sa vingt-cinquième session. Le texte du projet d'article 15 a été établi d'après le modèle de l'Accord européen EDI préparé dans le contexte du programme TEDIS exécuté dans les services de la Commission des Communautés européennes (voir A/CN.9/350, par. 11 à 26). Ce texte a été inclus dans le projet de règles uniformes comme un exemple d'une disposition prévue dans le cadre d'une variété de systèmes juridiques et constituant une approche possible de la question de la responsabilité. Le Groupe de travail voudra peut-être utiliser ce texte comme base de discussions.

2. On pourra noter cependant que le texte de projet d'article a été établi sous la forme d'une clause contractuelle type qui, en tant que telle, peut ne pas se prêter à l'inclusion directe dans un texte de nature normative comme les règles uniformes.

II. AUTRES QUESTIONS A EXAMINER

Le Groupe de travail voudra peut-être voir si d'autres questions pourraient être traitées dans les règles uniformes. Parmi ces questions, le Groupe de travail a décidé à sa vingt-cinquième session d'examiner la question de la responsabilité des tiers prestataires de services et la question des documents de titres et de valeurs. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner les mesures qu'il pourrait prendre pour traiter de ces questions. En outre, il voudra peut-être aussi examiner la question de l'interaction possible des règles uniformes et des règles législatives sur la protection des renseignements personnels qui pourraient exister dans certains pays.

2. *Proposition du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord : note du Secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.58) [Original : anglais]*

1. A la vingt-cinquième session du Groupe de travail, la délégation du Royaume-Uni a présenté un certain nombre de propositions relatives à la rédaction des règles uniformes sur les aspects juridiques de l'échange de données informatisées en cours d'élaboration au sein du Groupe de travail. Ces propositions portaient sur les conditions dans lesquelles seraient réputés satisfaire aux exigences légales des équivalents : 1) d'un instrument écrit; 2) de la signature; et 3) de la production d'un document original (voir A/CN.9/373, par. 60, 76 et 91).

2. A la suite de la vingt-cinquième session du Groupe de travail, le Secrétariat a reçu de la délégation du Royaume-Uni un ensemble révisé de propositions, accompagné de notes explicatives. On trouvera en annexe à la présente note, dans la forme sous laquelle ils ont été reçus par le Secrétariat, les projets de règles proposés par le Royaume-Uni, ainsi que les notes explicatives qui y sont jointes.

ANNEXE

A. *Écrit*

1. Lorsque, en vertu d'une loi ou d'une règle de droit, la question de savoir si une information est ou non reproduite par écrit sous une forme lisible, détermine certaines conséquences juridiques d'un fait donné, il suffit, aux fins de ladite loi ou règle de droit, que l'information soit enregistrée de manière à pouvoir être produite sous la forme d'images [textuelles ou de toute autre manière] visuelles qui :

i) Correspondent précisément à ladite information; et

ii) Ne sont pas moins satisfaisantes, à toutes fins pertinentes, que si l'information avait été enregistrée par écrit ou sous une forme lisible.

2. Lorsque, aux fins de toute loi ou règle de droit ou de toute question de preuve, il est nécessaire qu'un enregistrement soit produit par écrit ou sous une forme lisible, il suffit à cette fin qu'un enregistrement de l'information effectué de la manière décrite au paragraphe 1 ci-dessus soit produit sous la forme d'images [textuelles ou de toute autre manière] visuelles répondant aux conditions énoncées aux alinéas i et ii dudit paragraphe.

B. *Authentification*

1. Le présent article s'applique lorsque la signature de toute personne est pertinente aux fins de toute loi ou règle de droit, de toute question de preuve, de tout contrat ou de toute autre question.

2. Dans le présent article, on entend par "authentification" tout procédé supposé indiquer par qui une communication ou un enregistrement a été effectué ou émis et démontrer que la personne en question approuve les informations qui y figurent.

3. Une authentification qui est supposée avoir été effectuée par la personne dont la signature est pertinente, ou au nom de ladite personne, est suffisante aux fins en question en lieu et place de la signature si :

i) Elle donne en soit la preuve qu'elle a été faite par ladite personne ou son représentant (qu'il ait ou non été autorisé à cette fin); et

ii) En tant que preuve de ce fait, elle n'est pas moins fiable qu'une signature, ou (sauf dans les cas où la signature serait de toute autre manière requise par la loi) elle est aussi fiable que cela était approprié dans toutes les circonstances, compte tenu de l'objet dudit enregistrement ou de ladite communication.

4. Dans la mesure où ils sont applicables conformément à toute loi ou règle de droit, les paragraphes 1 à 3 ci-dessus ne peuvent être exclus ni modifiés par tout engagement ou convention ayant force légale.

C. *Opérations effectuées au moyen d'un écrit signé*

1. Le présent article s'applique lorsque, en vertu de toute loi ou règle de droit, la question de savoir si une opération a été ou non effectuée par écrit et signée détermine l'effet juridique de ladite opération.

2. Un enregistrement qui, en vertu des articles A et B ci-dessus, doit être considéré comme suffisant pour satisfaire à toute condition relative à l'écrit et à la signature applicable à une opération visée au paragraphe 1 ci-dessus, n'est réputé conférer à l'opération les effets juridiques que lui conféreraient l'écrit et la signature qu'à compter du moment où ledit enregistrement est sous une forme satisfaisant aux conditions des alinéas i et ii des articles A-1 et B-3.

D. *Exigence d'un original*

1. Le présent article s'applique :

i) Lorsqu'il est nécessaire à des fins de preuve, ou aux fins de toute loi ou règle de droit, qu'un enregistrement original soit produit; et

ii) Lorsque l'information a été enregistrée sous une forme autre que celle d'images visuelles.

2. Dans toute procédure judiciaire, il suffit, aux fins de l'application de toute règle de preuve visée à l'alinéa i du paragraphe 1 ci-dessus, que l'enregistrement demandé en preuve soit la meilleure preuve pouvant être raisonnablement attendue de la personne qui la présente; mais le présent paragraphe n'a aucune incidence sur la question de la force probante de l'enregistrement.

3. Sous réserve des dispositions du paragraphe 2 ci-dessus, à toute fin visée à l'alinéa i du paragraphe 1 ci-dessus, il suffit que l'enregistrement soit produit sous une forme :

i) Dans laquelle les informations correspondent précisément aux informations initialement enregistrées;

ii) Qui ne soit pas moins satisfaisante à toute fin pertinente que la production d'un enregistrement original.

E. *Informations correspondant à l'enregistrement original*

1. Aux fins des articles A et D ci-dessus, un enregistrement est réputé être sous une forme dans laquelle les images ou informations correspondent précisément aux informations telles qu'elles ont été enregistrées si, nonobstant toute modification de la forme de l'enregistrement, la teneur des informations initialement enregistrées a été précisément reproduite.

2. Aux fins du paragraphe 1 ci-dessus, sauf preuve contraire, la teneur des informations est réputée avoir été précisément reproduite si l'enregistrement ultime découle de l'enregistrement initial par le biais d'une chaîne ininterrompue de reproductions et si, à aucun moment, les éléments suivants n'ont été modifiés :

i) L'enregistrement original;

ii) L'enregistrement ultime en question;

iii) Toute reproduction intermédiaire de l'enregistrement original à partir de laquelle l'enregistrement ultime a été directement ou indirectement reproduit.

[F. *Exclusions*

Les articles A à E ci-dessus ne s'appliquent pas aux fins de toute loi ou règle de droit ou de toute question de preuve dans le cas des effets de commerce ou des titres.]

G. *Charge de la preuve*

Lorsqu'il y a doute quant au respect de toute condition énoncée aux articles A, B, D ou E ci-dessus, c'est (sous réserve du paragraphe 2 de l'article E) à la personne affirmant que la condition est remplie de le démontrer.

Notes relatives au projet du Royaume-Uni

Généralités

Les règles examinées par le Groupe de travail se répartissent en deux catégories.

La première catégorie de règles traite des conditions dans lesquelles les exigences légales d'un écrit, d'une signature et d'un original peuvent être considérées comme remplies par d'autres moyens. Le projet du Royaume-Uni ne traite que de ce type de règles. Entreraient également dans cette catégorie les dispositions (qui ne sont pas traitées dans la version du Royaume-Uni) relatives à l'admissibilité et à la force probante des enregistrements produits ou stockés par ordinateur.

Aux fins de cette catégorie de règles, aucune définition de l'EDI ou de la transmission électronique n'est nécessaire, non plus qu'aucun critère d'internationalité. Les questions traitées par les règles sont nécessairement de portée plus générale : elles portent sur les formalités juridiques applicables aux enregistrements et aux communications en général. Il ne s'agit pas simplement de réglementer la relation entre l'expéditeur et le destinataire, mais plutôt de traiter des conditions réglementaires indépendantes et autres exigences légales. Peut-être cette catégorie de règles pourrait-elle faire l'objet d'une "première partie" d'une éventuelle loi type.

La seconde catégorie (qui deviendrait alors la "deuxième partie") consisterait en des règles régissant la relation entre l'expéditeur et le destinataire : par exemple, la mesure dans laquelle l'expéditeur d'une communication électronique est réputé avoir approuvé la teneur du message si ce dernier est supposé avoir été authentifié par lui, le moment où un message doit être considéré comme reçu, les conséquences d'un défaut d'accusé de réception lorsqu'un accusé de réception est demandé, etc. Si une définition de l'EDI ou de l'internationalité est requise, ce sera seulement pour cette partie de la Loi type.

Écrit : article A

Le paragraphe 1 traite des conditions selon lesquelles l'information doit être enregistrée par écrit et le paragraphe 2 des conditions selon lesquelles des enregistrements écrits doivent être produits (par exemple, devant un tribunal ou des autorités administratives). Dans le premier cas, il suffit que l'information soit enregistrée de manière à *pouvoir* être produite sous la forme d'images visuelles répondant aux conditions énoncées aux alinéas i et ii. Dans le second cas, l'enregistrement produit doit satisfaire aux conditions énoncées aux alinéas i et ii et pas seulement "pouvoir" satisfaire

auxdites conditions. L'article G impose à la personne affirmant que ces conditions sont remplies la charge de la preuve.

La condition i suppose que soit garantie l'intégrité de l'enregistrement à compter du moment où l'information a été enregistrée. En effet, à la différence des cas où l'information est initialement enregistrée par écrit, une sortie d'imprimante ne sera sans doute pas produite au moment où l'information est enregistrée. En outre, il sera probablement plus difficile de détecter (à partir d'une sortie d'imprimante) une modification de l'enregistrement électronique dans l'intervalle entre le moment où l'information a été enregistrée et le moment où l'enregistrement (la sortie d'imprimante) a été produit. L'article E vise à interpréter la condition i.

La condition ii de l'article A-1 traite de l'"équivalence fonctionnelle". Elle vise essentiellement à exclure l'application du paragraphe 1 dans les cas où un document sur papier remplit certaines fonctions qui ne pourraient pas être remplies par un enregistrement électronique. Il est vrai que nombre de ces documents peuvent en soi permettre une exclusion expresse : par exemple les chèques et autres effets de commerce. Il se peut toutefois, dans certains autres cas, qu'un document sur papier soit requis parce qu'il faut un enregistrement pouvant être remis. Dans certains cas, c'est un instrument pouvant être approuvé (au sens d'une signature au verso du document écrit) qui est requis; et d'autres conditions peuvent être imposées relatives à l'apposition d'un sceau ou à d'autres formalités supposant un document sur papier. La condition ii supposerait également que les images visuelles produites soient lisibles dans la même mesure que le document écrit. Il faut vérifier dans chaque cas si un tel type d'enregistrement (électronique) remplit toutes les fonctions que le document sur papier devait remplir.

Authentification : article B

Cet article prévient toute objection (soit du destinataire du message, soit des autorités imposant une condition de droit public, soit d'un tiers) selon laquelle le message n'a pas été signé, dans la mesure où il a été authentifié d'une manière qui n'est pas moins fiable qu'une signature. Il s'applique dans les cas où des conditions liées à la signature sont imposées par la loi ou par un contrat, et lorsqu'une signature est requise à des fins de preuve ou à toute autre fin.

L'article établit une distinction entre i les exigences légales et ii toute autre exigence en matière de signature. Pour ce qui est des exigences légales, la condition énoncée à l'alinéa ii est la suivante : l'authentification ne doit pas être moins fiable que la signature. Toutefois, à toute autre fin, il suffit, lorsqu'on ne peut démontrer que l'authentification n'était pas moins fiable que la signature, de démontrer que l'authentification est aussi fiable que cela était approprié dans toutes les circonstances, compte tenu de l'objet pour lequel l'enregistrement ou la communication ont été effectués. Cette distinction est nécessaire car, pour ce qui est des exigences légales, aucune partie ne devrait être libre de substituer ses propres critères de fiabilité à ceux imposés par la loi, alors que, dans d'autres contextes, la norme de fiabilité peut être fonction des circonstances.

Les mots figurant dans la condition i, "(qu'il ait ou non été autorisé à cette fin)", visent le cas où un cadre, un employé ou un autre représentant désigné d'une société peut ne pas être autorisé à signer ou authentifier à la place d'une personne donnée au nom de la société; cette règle n'a pas d'incidence sur la question de savoir si le représentant était ou non autorisé à cette fin.

L'article G impose à la personne affirmant que l'authentification n'était pas moins fiable qu'une signature la charge de la preuve en cas de contestation.

(On notera que le fait d'imposer la charge de la preuve à la personne affirmant que l'authentification n'était pas moins fiable que la signature n'a pas d'incidence sur l'application du principe de l'estoppel contre un expéditeur qui chercherait à s'exonérer d'un contrat ou de toute autre obligation au motif qu'il n'aurait jamais effectivement signé le message (bien qu'il l'ait authentifié). Lorsque le destinataire n'est pas à même de démontrer que l'authentification par l'expéditeur n'était pas moins fiable que la signature, ou qu'elle était aussi fiable que cela était approprié aux fins voulues, il lui est toujours possible de se fonder sur le principe de l'estoppel qui serait opposable à un expéditeur ayant authentifié le message).

Le paragraphe 4 se fonde sur l'hypothèse suivante : la Loi type comporterait une disposition générale aux termes de laquelle, *sauf disposition contraire*, les droits et obligations d'un expéditeur ou d'un destinataire en vertu des règles énoncées dans la Loi type pourraient être modifiés par convention.

Opérations effectuées au moyen d'un écrit signé : article C

Cet article traite des cas où une opération juridique *ne peut être valablement effectuée* qu'au moyen d'un écrit signé. Il dispose qu'une condition imposant un écrit signé n'est satisfaite en vertu des articles A et B qu'à compter du moment où l'information est sous une forme répondant aux exigences de ces articles. Le cas envisagé est le suivant : i) la législation applicable dispose qu'une opération n'est valide que si elle est consignée par écrit et si le document écrit est signé, et ii) une opération donnée est effectuée de manière informelle et elle n'est enregistrée qu'ultérieurement au moyen d'un enregistrement informatique authentifié. Dans ce cas, l'article C ne permet pas que les articles A et B aient pour effet de donner rétrospectivement (à compter de la date de l'opération) à l'enregistrement informatique les effets juridiques qu'aurait eu un écrit signé à cette date. Ces effets juridiques ne seront conférés qu'à partir du moment où existera l'enregistrement électronique authentifié.

Exigence d'un original : article D

Le paragraphe 2 est applicable à des fins de preuve dans le cadre d'une procédure judiciaire. Il précise qu'un moyen de preuve ne sera pas exclu au motif qu'il ne consiste pas en un document original, à condition qu'il satisfasse à la règle de la "meilleure preuve". Le tribunal est libre de déterminer la force probante de tout document admis en preuve; et l'article D n'a pas d'incidence sur cette détermination.

Le paragraphe 3 s'applique i) aux fins de toute exigence légale en général (distincte des règles de preuve applicables dans le cadre d'une procédure judiciaire) et ii) aux fins de toute question de preuve hors d'un contexte judiciaire. Il est soumis à la disposition énoncée au paragraphe 2 traitant des règles de preuve applicables devant les tribunaux.

La condition i donne une garantie quant à l'intégrité de l'enregistrement à compter du moment où l'information a été enregistrée. Cette condition est interprétée par l'article E.

La condition ii traite de l'"équivalence fonctionnelle" de l'enregistrement devant être produit. Cette condition est nécessaire car l'exigence d'un original peut ne pas avoir uniquement pour objet de garantir l'authenticité ou l'intégrité des informations. Elle peut en effet viser, par exemple, à protéger contre une réutilisation frauduleuse d'un document habilitant le porteur à demander paiement, ou à garantir que le titre de propriété n'a pas auparavant été transféré à une autre personne. Là aussi, il faut déterminer si le document électronique remplit toutes les fonctions que le document sur papier devait remplir.

Garantie quant à l'intégrité de l'enregistrement : article E

Cet article a pour objet d'interpréter les articles A et D. Il énonce un critère d'intégrité de l'enregistrement à compter du moment où l'information a été enregistrée. Il établit une distinction entre une modification de la *forme* de l'enregistrement et une modification de la *teneur* de l'information enregistrée. Seul ce dernier type de modification devrait être considéré comme portant atteinte à l'intégrité de l'information. L'article G impose à la personne affirmant que ces conditions sont satisfaites la charge de la

preuve, mais, s'il peut être démontré que les conditions énoncées au paragraphe 2 sont remplies, on pourra considérer, sauf preuve contraire, que la condition énoncée au paragraphe 1 est remplie. Le processus de reproduction mentionné au paragraphe 2 peut consister en la production d'une sortie d'imprimante ou en la photocopie de cette sortie d'imprimante.

(On notera que tout enregistrement modifié peut également satisfaire à l'exigence d'un original, mais qu'il ne sera qu'un enregistrement authentique de l'information originale *telle que modifiée*. C'est déjà normalement le cas pour les documents par écrit. Par exemple, lorsqu'un accord écrit a été modifié, l'enregistrement de la modification peut être tout aussi "original" que l'enregistrement de l'accord initial; mais il ne s'agit que d'un enregistrement original de la modification et non de l'accord initial.)

Exclusions : article F

Cet article exclut les effets de commerce et les titres du champ d'application des règles. Dans le cas des effets de commerce, les exigences d'un écrit, d'une signature, et d'un document original ont un objet supplémentaire. La signature peut être une méthode de transfert du titre de propriété par endossement. L'exigence d'un original garantit que le titre de propriété n'a pas été auparavant transféré à un tiers.

Cet article n'étant pas jugé strictement nécessaire, vu la condition ii des articles A-1 et D-1, il figure entre crochets. Le Groupe de travail voudra peut-être étudier *a)* s'il est souhaitable d'énoncer des exclusions expresses de ce type ou s'il est préférable de se fonder sur la condition ii; et *b)*, au cas où des exclusions expresses seraient énoncées, si la liste devrait en être élargie.

C. Rapport du Groupe de travail sur les échanges de données informatisées (EDI) sur les travaux de sa vingt-septième session (New York, 28 février-11 mars 1994) (A/CN.9/390) [Original : anglais]

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes
INTRODUCTION	1-12
I. DÉLIBÉRATIONS ET DÉCISIONS	13-14
II. EXAMEN DU PROJET DE RÈGLES UNIFORMES SUR LES ASPECTS JURIDIQUES DE L'ÉCHANGE DE DONNÉES INFORMATISÉES (EDI) ET DES MOYENS CONNEXES DE COMMUNICATION DE DONNÉES	15-153
Observations d'ordre général	15
Titre	16-20
CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GÉNÉRALES	21-78
Article premier. Champ d'application	21-33
Note relative au chapitre premier	34-40
Note relative à l'article premier	41-43
Article 2. Définitions	44-65
Article 3. Interprétation des règles uniformes	66-73
Article 4. [Supprimé]	
[Article 5. Dérogation conventionnelle]	74-78
CHAPITRE II. CONDITIONS DE FORME	79-143
Article 5 *bis*.	79-87
Article 6. Équivalent fonctionnel de l'"écrit"	88-96
Article 7. Équivalent fonctionnel de la "signature"	97-109
Article 8. Équivalent fonctionnel d'un "original"	110-138
Article 9. Admissibilité et valeur probante des enregistrements de données	139-143
CHAPITRE III. COMMUNICATION [D'ENREGISTREMENT] [DE MESSAGES] DE DONNÉES	144-153
Article 10. Effets [d'enregistrements] [de messages] de données	144-153
III. TRAVAUX FUTURS	154-161

INTRODUCTION

1. A sa vingt-quatrième session (1991), la Commission a estimé que les aspects juridiques de l'échange de données informatisées (EDI) deviendraient de plus en plus importants avec le développement de ce type d'échanges et que la Commission devrait entreprendre des travaux dans ce domaine. Les membres de la Commission sont convenus que le sujet devrait être traité de façon approfondie par un groupe de travail[1].

2. En application de cette décision, le Groupe de travail des paiements internationaux a consacré sa vingt-quatrième session à recenser les problèmes juridiques qui se posaient du fait de l'utilisation accrue de l'EDI. Le rapport de cette session du Groupe de travail indiquait que l'examen des questions juridiques liées au développement de l'EDI faisait apparaître que, pour certaines de ces questions, le mieux serait d'élaborer les dispositions législatives (A/CN.9/360, par. 129). S'agissant de l'élaboration possible d'un accord type de communication d'application universelle pour le commerce international, le Groupe de travail a décidé que, du moins pour le moment, il n'était pas nécessaire que la Commission élabore un tel accord. Toutefois, le Groupe de travail a noté que, conformément à l'approche recommandée à la Commission en ce qui concerne la forme de l'instrument qui serait élaboré, il se pourrait que, dans certains cas, l'élaboration de clauses contractuelles types fût considérée comme un moyen approprié de traiter certaines questions (A/CN.9/360, par. 132). Le Groupe de travail a réaffirmé que les organisations internationales actives dans ce domaine devaient coopérer étroitement. Il a été convenu que la Commission, vu le caractère universel de sa composition et son mandat général en tant que principal organe juridique du système des Nations Unies dans le domaine du droit commercial international, devrait jouer un rôle particulièrement actif en la matière (A/CN.9/360, par. 133).

3. A sa vingt-cinquième session (1992), la Commission a examiné le rapport du Groupe de travail des paiements internationaux sur les travaux de sa vingt-quatrième session (A/CN.9/360). Conformément à ce qu'avait proposé le Groupe de travail, la Commission a admis qu'il était nécessaire d'étudier plus avant les questions juridiques de l'EDI et d'élaborer des règles pratiques dans ce domaine. Il a été admis, selon ce qu'avait suggéré le Groupe de travail, que pour certaines des questions juridiques, le mieux serait d'élaborer des dispositions législatives, mais que d'autres questions pourraient être traitées de façon appropriée par l'élaboration de clauses contractuelles types. Après examen, la Commission a fait sienne la recommandation contenue dans le rapport du Groupe de travail (A/CN.9/360, par. 129 à 133), a réaffirmé qu'il fallait une active coopération entre toutes les organisations internationales s'occupant de la question et a confié la préparation de règles juridiques sur l'EDI au Groupe de travail des paiements internationaux, rebaptisé Groupe de travail sur les échanges de données informatisées[2].

4. A sa vingt-sixième session (1993), la Commission était saisie du rapport du Groupe de travail sur les échanges de données informatisées sur les travaux de sa vingt-cinquième session (A/CN.9/373). La Commission s'est déclarée satisfaite des travaux accomplis par le Groupe de travail. Elle a noté que ce dernier avait commencé à débattre du contenu d'une loi uniforme sur l'EDI et a exprimé l'espoir que l'élaboration de ce texte avancerait rapidement.

5. Il a été proposé qu'outre les travaux actuels du Groupe de travail il était nécessaire d'examiner certaines questions résultant de l'utilisation de l'EDI dans certaines situations commerciales particulières. L'emploi de l'EDI dans l'acquisition et le remplacement des connaissements sur papier ou autres titres de propriété par des messages EDI ont été donnés comme exemple de sujets méritant une attention spéciale. Il a aussi été proposé que la Commission fixe au Groupe de travail un délai pour l'achèvement de ses tâches actuelles. Selon l'opinion qui a largement prévalu, toutefois, le Groupe de travail devrait poursuivre ses travaux dans le cadre du mandat général que lui avait confié la Commission. Il a été décidé que le Groupe de travail ne devrait aborder de nouveaux domaines où des règles détaillées pourraient être nécessaires qu'après avoir achevé l'élaboration de règles générales sur l'EDI[3].

6. Le Groupe de travail sur les échanges de données informatisées a tenu sa vingt-sixième session à Vienne du 11 au 22 octobre 1993. A cette session, il a examiné les questions que traitait une note du Secrétariat (A/CN.9/WG.4/WP.57) et une proposition a été faite par la délégation britannique (A/CN.9/WG.4/WP.58). Le Secrétariat a été invité à préparer, sur la base des délibérations du Groupe de travail, un ensemble d'articles révisés, avec des variantes sur les questions examinées.

7. Le Groupe de travail sur les échanges de données informatisées, qui est composé de tous les États membres de la Commission, a tenu à New York, du 28 février au 11 mars 1994, sa vingt-septième session, à laquelle ont participé des représentants des États suivants membres du Groupe de travail : Allemagne, Arabie saoudite, Argentine, Autriche, Bulgarie, Cameroun, Canada, Chili, Chine, Danemark, Égypte, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Hongrie, Inde, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Kenya, Maroc, Mexique, Nigéria, Ouganda, Pologne, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Singapour, Slovaquie, Soudan, Thaïlande, Togo et Uruguay.

8. Ont participé à la session les observateurs des États suivants : Algérie, Australie, Bahreïn, Bolivie, Côte d'Ivoire, Finlande, Indonésie, Myanmar, Pakistan, Panama, Philippines, République de Corée, République tchèque, Sénégal, Sierra Leone, Suède, Suisse, Turquie, Ukraine et Zambie.

9. Les organisations internationales suivantes étaient également représentées par des observateurs :

a) *Organismes des Nations Unies*

Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED)

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-sixième session, Supplément n° 17* (A/46/17), par. 314 à 317.

[2] *Ibid., quarante-septième session, Supplément n° 17* (A/47/17), par. 140 à 148.

[3] *Ibid., quarante-huitième session, Supplément n° 17* (A/48/17), par. 265 à 267.

b) *Organisations intergouvernementales*

Comité consultatif juridique Afrique-Asie
Commission économique pour l'Europe (CEE)
Communauté européenne
Conférence de La Haye de droit international privé

c) *Autres organisations internationales*

Centre régional du Caire pour l'arbitrage commercial international
Fédération latino-américaine des banques (FELABAN)
Chambre de commerce internationale
Organisation des capitales et des villes islamiques
Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication (SWIFT).

10. Le Groupe de travail a élu le bureau ci-après :

Président : M. José-María Abascal Zamora (Mexique)

Rapporteur : M. Abdolhamid Faridi Araghi (République islamique d'Iran)

11. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants : l'ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.IV/WP.59) et une note du Secrétariat contenant le texte révisé provisoire des règles uniformes sur les aspects juridiques de l'échange de données informatisées (EDI) et les moyens connexes de communication des données (A/CN.9/WG.IV/WP.60).

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

1. Élection du bureau.
2. Adoption de l'ordre du jour.
3. Règles uniformes sur les aspects juridiques de l'échange de données informatisées (EDI) et moyens connexes de communication des données.
4. Questions diverses.
5. Adoption du rapport.

I. DÉLIBÉRATIONS ET DÉCISIONS

13. Le Groupe de travail a examiné les projets d'articles 1* à 10 tels que figurant dans la note du Secrétariat A/CN.9/WG.IV/WP.60.

14. On trouvera au chapitre II l'exposé des délibérations et des conclusions du Groupe de travail. Le Secrétariat a été invité à préparer, sur la base de ces délibérations et conclusions, un ensemble d'articles révisés, afin d'appliquer les décisions et les conclusions du Groupe de travail.

II. EXAMEN DU PROJET DE RÈGLES UNIFORMES SUR LES ASPECTS JURIDIQUES DE L'ÉCHANGE DE DONNÉES INFORMATISÉES (EDI) ET DES MOYENS CONNEXES DE COMMUNICATION DE DONNÉES

Observations d'ordre général

15. Le Groupe de travail a pris note avec intérêt d'une observation concernant l'apparition de problèmes communs liés aux échanges de données informatisées dans un certain nombre de domaines pouvant donner lieu à des travaux futurs de la Commission. A titre d'exemple, on a cité le mécanisme de l'"enregistrement", technique qui pourrait servir de fondement aux solutions tirées du droit commercial international dans divers domaines, comme la cession de créances, les opérations sur titres, les effets négociables non écrits, y compris les titres de propriété. On a fait observer que l'une des manières dont la Commission pourrait réagir à ce phénomène serait peut-être de définir un cadre juridique général applicable aux enregistrements. On a fait remarquer que le Groupe de travail souhaiterait peut-être se pencher sur cette question lorsqu'il réfléchirait de nouveau aux autres problèmes qu'il pourrait entreprendre d'étudier après avoir terminé ses travaux en cours (voir ci-après par. 154 à 160), dont l'élaboration d'un accord type de communication et les questions liées à la responsabilité des tiers prestataires de services.

Titre

16. La référence, dans le titre, à des "règles uniformes", a incité le Groupe de travail à réexaminer la décision qu'il avait prise antérieurement d'élaborer un texte juridique qui prendrait la forme de dispositions légales (A/CN.9/387, par. 2). Il a été largement admis que l'expression "règles uniformes" n'était pas appropriée, car elle évoquait un instrument juridique revêtant le caractère de règles d'usage contractuelles, alors que ce dont on avait besoin était un fondement légal à la pratique de l'EDI. Pour ce qui est de la forme exacte à adopter pour les dispositions légales, décision qui avait précédemment été différée, le Groupe de travail a dit préférer celle d'une loi type, en raison notamment du fait que l'élaboration et la mise en œuvre d'une convention internationale était une opération complexe et demandant beaucoup de temps, ce qui était un handicap compte tenu du besoin urgent de dispositions réglementaires dans ce domaine.

17. Si l'on est convenu que le texte devait revêtir la forme d'une loi type et qu'il fallait l'indiquer clairement dans le titre, on a estimé généralement que, du fait du caractère spécial du texte juridique en cours d'élaboration, il était nécessaire de trouver une expression plus souple que "loi type", de façon à montrer que le texte comportait un éventail de dispositions ayant trait à des règles existantes qui, dans un État adoptant la loi type représentatif, sont dispersées dans diverses parties de différents droits internes. Il était donc possible que les États adoptant la loi type n'incorporent pas nécessairement le texte dans son ensemble et que les dispositions de la loi type ne soient pas nécessairement regroupées en un seul texte dans le droit interne. Le texte pourrait être considéré, pour reprendre le langage d'un système juridique, comme une "loi portant amendements divers". Le Groupe de travail a convenu que l'emploi de l'expression "dispositions réglementaires types" rendrait mieux compte du caractère particulier du texte. On a aussi exprimé l'avis que la nature et l'objet de dispositions réglementaires types pourraient être expliqués dans une introduction ou des directives accompagnant le texte.

18. Un certain nombre de doutes ont été exprimés à propos du reste du titre : les mots "aspects juridiques" ont été mal ressentis, car ils ont paru trop vagues à certains pour le titre

d'un texte de loi, et selon d'autres ils donnaient à tort l'impression que le texte traitait de toutes les questions de droit pouvant être liées à l'utilisation de l'EDI; on a considéré aussi que le mot "données", qui était peut-être approprié pour les discussions informelles du Groupe de travail, était trop restrictif et imprécis pour être inclus dans un texte de loi (voir ci-dessous par. 46); le mot "communication" a été jugé trop restrictif et semblait préjuger des décisions que le Groupe de travail n'avait pas encore prises quant au champ d'application des dispositions réglementaires types; on a dit que la mention, dans le titre, de "moyens connexes de communication de données" était peut-être inadéquate; et enfin, les mots "communication de données" risquaient d'être interprétés comme visant une gamme potentiellement étendue d'opérations et d'activités.

19. Diverses propositions ont été faites en vue de répondre à ces préoccupations sans remettre en cause l'idée partagée par tous selon laquelle le titre devait tenir compte des diverses techniques et combinaisons de techniques possibles ainsi que de l'élément essentiel de l'enregistrement durable. C'est ainsi qu'il a été proposé d'employer des expressions comme "enregistrement de données"; "documents commerciaux informatisés"; "commerce électronique"; "échange de documents électroniques"; "utilisation de techniques sans support papier"; "enregistrement et communication d'informations sans papier".

20. A l'issue d'un débat, le Groupe de travail a été d'avis qu'il ne serait possible d'arrêter définitivement le titre qu'une fois examiné et explicité le contenu des dispositions réglementaires types, en particulier celles ayant trait à leur champ d'application. On a fait remarquer que l'expression "commerce électronique" pourrait être employée, encore que l'on ait estimé que l'emploi du terme "commerce" dans le titre soulevait des questions qui avaient trait au champ d'application des dispositions réglementaires types (voir ci-après, par. 22 à 27).

Chapitre I. Dispositions générales

Article premier. Champ d'application

Première phrase

21. Le Groupe de travail a débattu du point de savoir si les mots entre crochets ("commerciales et administratives") devaient être maintenus. Quant à la mention d'"informations administratives", on est convenu que les dispositions réglementaires types ne devraient pas viser expressément les cas où des conditions de forme étaient prescrites par une autorité administrative pour des raisons d'ordre public. Il a donc été décidé de supprimer la référence à des "informations administratives". On a fait valoir que le texte devrait exclure expressément les informations administratives du champ d'application des dispositions réglementaires types. Le Groupe de travail a cependant réaffirmé la décision qu'il avait prise à ses sessions antérieures selon laquelle les relations entre usagers de l'EDI et pouvoirs publics ne devraient pas être exclues du champ d'application des dispositions réglementaires types (A/CN.9/373, par. 48 et A/CN.387, par. 35).

22. La notion d'"informations commerciales" a suscité des opinions divergentes. Selon une opinion, le champ d'application des dispositions réglementaires types devrait d'une certaine manière être circonscrit aux données créées, stockées ou échangées aux fins d'opérations commerciales. On a fait valoir que ce faisant on resterait fidèle au mandat général confié à la Commission en matière de droit commercial international. On a toutefois estimé que la référence à la notion d'"informations commerciales" pourrait obliger à définir celles-ci dans les dispositions réglementaires types. Il a été proposé de fournir une telle définition soit en énumérant certains types d'opérations comme "opérations commerciales", soit en énumérant certaines catégories de parties étant des "commerçants". On a généralement estimé que l'une ou l'autre de ces deux approches risquait de soulever des difficultés dans le cas d'un instrument international, car les droits internes pouvaient différer en ce qui concerne les types d'opérations considérées comme "commerciales" et les parties considérées comme exerçant une activité "commerciale". A cet égard, on a fait observer que, même si la portée des dispositions réglementaires types était d'une manière générale limitée aux "informations commerciales", il pourrait être nécessaire de prévoir une disposition pour les rendre applicables à certaines données et opérations qui ne seraient peut-être pas considérées comme commerciales, par exemple les données médicales, et à certaines catégories de professionnels qui dans de nombreux systèmes juridiques ne seraient peut-être pas considérés comme des commerçants.

23. On a fait valoir à l'opposé qu'il fallait éviter toute référence au "commerce" ou aux "échanges". A l'appui de ce point de vue, on a déclaré qu'une telle référence pourrait soulever des difficultés dans la mesure où certains pays de *common law* ainsi que certains pays de droit civil n'avaient pas un droit commercial distinct et qu'il n'était ni facile ni usuel dans ces pays de distinguer entre les règles de droit applicables aux opérations "commerciales" et les règles d'application générale. On a donné d'autres exemples de pays où la notion de "commerce" n'était pas couramment utilisée et risquait de poser un problème de définition. Mais on a aussi donné des exemples de pays où elle était déjà utilisée dans le droit interne et interprétée différemment selon les pays. Il a été précisé que la CNUDCI avait évité, dans ses textes juridiques antérieurs, toutes références inutiles à des notions du genre "commerce" ou "échanges" mais que la loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, qui comportait de telles références, définissait clairement aussi le mot "commercial". Il a été rappelé que la même préoccupation avait été exprimée à la session précédente du Groupe de travail (A/CN.9/387, par. 34).

24. A l'appui de la suppression de toute référence à des "informations commerciales", on a également déclaré que les dispositions réglementaires types devaient mettre l'accent non pas tant sur telle ou telle catégorie d'opération, par exemple les opérations commerciales à l'occasion desquelles on pourrait faire appel à diverses techniques informatiques, que sur ces techniques elles-mêmes dont la caractéristique commune est de ne pas avoir de support papier. C'est ainsi qu'il a été suggéré d'insérer dans le texte du projet une référence à la "création, l'enregistrement et la communication d'informations sans support papier".

25. On a déclaré aussi que, si les dispositions réglementaires types ne devaient s'appliquer qu'aux opérations com-

merciales, une telle limitation serait contradictoire avec la formulation générale des projets d'articles 6 à 9, qui visaient à fournir d'autres moyens de se conformer aux obligations existantes du droit interne. On a fait valoir que le champ d'application des dispositions réglementaires types devrait porter sur l'ensemble de telles obligations, dont toutes n'étaient pas destinées à s'appliquer dans un contexte commercial. On a indiqué que, par exemple, dans certains systèmes juridiques, il existait des prescriptions impératives selon lesquelles toutes les garanties devaient être établies par écrit. On a fait observer qu'une distinction entre garanties "commerciales" et "non commerciales" traversant un tel régime juridique introduirait une dichotomie inutile. Il a été proposé aussi que les dispositions réglementaires types s'étendent à tous les types de relations dans le cadre desquelles des parties étaient libres de déterminer leurs droits et obligations contractuelles, à l'exclusion de relations où lesdits droits et obligations étaient déterminés par des règles de droit impératives.

26. On a exprimé l'avis que si l'on supprimait la référence à des "informations commerciales", il faudrait peut-être remanier le texte de manière à ne pas le circonscrire à la seule référence à la notion d'"[enregistrement] [message] de données" telle que définie à l'alinéa *a* du projet d'article 2. Plusieurs variantes ont été proposées pour la première phrase, dont les suivantes : "Les présentes Règles s'appliquent aux informations électroniques sous forme de données ou messages; "Les présentes Règles s'appliquent aux informations relatives aux opérations"; et "Les présentes Règles s'appliquent aux opérations informatisées auxquelles l'on entend donner un effet juridique". Pour ce qui est de la référence proposée à la notion d'"opération", il a été rappelé que le Groupe de travail était convenu à ses sessions antérieures de faire porter les dispositions réglementaires types sur les messages ou enregistrements de données et non sur l'opération sous-jacente.

27. Bien qu'un large appui ait été exprimé en faveur de la suppression de toute référence à des "informations commerciales", le Groupe de travail a décidé de maintenir la référence entre crochets et de reprendre la discussion à une réunion ultérieure, une fois qu'il aurait examiné les dispositions réglementaires types quant au fond.

Deuxième phrase

28. Le Groupe de travail s'est penché sur la question de savoir s'il fallait maintenir ou non la deuxième phrase du projet d'article premier aux termes de laquelle les dispositions réglementaires types "ne s'appliquent pas aux informations sous forme purement verbale ou purement [documentaire] [écrite]".

29. On a fait observer que le sens des adjectifs "écrite" et "documentaire" n'était pas assez clair. On a proposé en lieu et place l'expression "informations sur support papier". On a toutefois souligné que cette expression pourrait ne pas englober certaines formes que les informations pourraient revêtir, et qui devaient être exclues du champ d'application des dispositions réglementaires types, par exemple les microfiches. Il a été indiqué, en conséquence, que l'expression "informations numérisées", c'est-à-dire des informations pouvant être traitées par ordinateur, serait préférable.

30. L'avis qui a prévalu a toutefois été que la deuxième phrase du projet d'article premier devait être supprimée. A l'appui de cette solution, on a fait valoir que les dispositions réglementaires types devraient spécifier les cas dans lesquels elles s'appliqueraient et, qu'à cette fin, l'alinéa *a* du projet d'article 2 qui définissait les expressions "enregistrement de données" ou "message de données" devrait suffire; qu'une définition négative du champ d'application des dispositions réglementaires types, par exemple l'exclusion des informations écrites ou documentaires, risquerait de prêter à confusion, car il serait difficile à dire si seules les informations écrites ou documentaires, ou bien aussi d'autres informations, seraient exclues; qu'une telle définition pourrait se révéler inadéquate puisqu'elle aurait sans doute le tort d'exclure certains types d'informations revêtant une forme écrite ou documentaire, tels que les télégrammes et les télécopies qui ne devaient pas l'être.

Troisième phrase

31. Des opinions divergentes ont été exprimées sur le point de savoir s'il fallait ou non maintenir la troisième phrase du projet d'article premier ("Sauf disposition contraire des présentes Règles, celles-ci ne s'appliquent pas à la substance des informations").

32. Selon un avis, la phrase devait être maintenue car elle énonçait une règle interprétative utile en vertu de laquelle la charge de la preuve que les règles appliquaient à la substance d'une information donnée incombait à la personne qui soulève l'argument. Selon un autre avis, il faudrait maintenir la phrase mais en la modifiant légèrement en remplaçant le terme "substance", qui n'était pas assez clair, par le terme "teneur" ou l'expression "droits et obligations découlant de l'opération sous-jacente". Selon un autre avis encore, il faudrait reformuler la phrase de manière à définir le champ d'application des dispositions de manière positive.

33. L'avis qui a prévalu toutefois a été qu'il fallait supprimer cette phrase. A l'appui de cette suppression, on a déclaré que la phrase était superflue puisque le principe selon lequel les dispositions réglementaires types ne s'appliqueraient pas aux droits et obligations découlant de l'opération sous-jacente allait de soi. Toutefois, les tenants de la suppression ont également fait observer qu'il y avait des cas dans lesquels les dispositions réglementaires types s'appliqueraient à des aspects substantiels de l'information (par exemple, l'article 12 relatif à la formation des contrats) et que la question devait être traitée à l'occasion de chaque article pertinent plutôt que dans un article général définissant le champ d'application des dispositions réglementaires types. On a également fait valoir que la question de savoir si les dispositions réglementaires types s'appliquaient à la substance de l'opération sous-jacente devait être déterminée par d'autres règles de droit interne applicables puisqu'il se pourrait que dans certains cas le juge des faits soit amené à examiner la substance de l'information afin de déterminer si les dispositions réglementaires s'appliquent ou non.

Note relative au chapitre premier

34. Le Groupe de travail a examiné le point de savoir si la question du lien entre les dispositions réglementaires types

et une loi relative à la protection des consommateurs devrait être abordée dans une note ou dans le texte même des dispositions uniformes types.

35. Selon un avis, il n'était pas indiqué de traiter cette question dans une note. On a dit que, dans un certain nombre de pays, il n'était pas d'usage d'assortir les textes légaux de notes de bas de page, et que la valeur juridique d'une telle note était loin d'être établie. On a donc proposé de traiter la question dans le texte même du projet d'article premier. On a dit également qu'on pourrait éviter de devoir définir la notion de consommateur en adoptant un libellé fondé sur l'article 2 *a* de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, qui disposait que la Convention ne régissait pas "les ventes de marchandises achetées pour un usage personnel, familial ou domestique". Dans le présent contexte, on a proposé une règle qui pourrait être libellée comme suit : "Les effets destinés à un usage personnel ou domestique ne rentrent pas dans le champ d'application des dispositions réglementaires types".

36. En réponse, il a été rappelé que le Groupe de travail avait décidé à ses sessions précédentes de traiter la question dans une note, car il considérait en particulier qu'il ne serait pas pratique d'essayer de donner une définition uniforme de la notion de "consommateur" (voir A/CN.9/387, par. 28, et A/CN.9/373, par. 32). Pour appuyer ce point de vue, il a été dit que tout ce qui touchait à la protection du consommateur, dans l'acception la plus large de l'expression, devrait être laissé au législateur national. En outre, on a fait valoir qu'au cas où la question serait traitée dans le texte des dispositions réglementaires types, il serait nécessaire d'ajouter une règle établissant un ordre de priorité entre les dispositions statutaires types et une loi relative à la protection des consommateurs. Après une discussion, le Groupe de travail a réaffirmé sa décision précédente, selon laquelle la question de la loi relative à la protection des consommateurs serait traitée dans une note de bas de page.

37. En ce qui concerne la manière concrète d'aborder les questions relatives au consommateur, le Groupe de travail était saisi de quatre variantes. La variante A précisait que les dispositions réglementaires types ne traitaient pas des questions relatives à la protection des consommateurs. La variante B précisait que les dispositions réglementaires types ne se substituaient à aucune règle de droit visant à protéger les consommateurs. La variante C adoptait une approche double, en précisant que les dispositions réglementaires types ne visaient pas les opérations de consommateurs et qu'elles étaient soumises à toute règle de droit visant à protéger les consommateurs. La variante D se fondait sur le principe que les dispositions réglementaires types ne s'appliquaient pas aux opérations de consommateurs.

38. Selon un avis, la question de la protection des consommateurs devrait être traitée conformément à la variante D, de manière à exclure l'application des dispositions réglementaires types aux opérations de consommateurs. A l'appui de cette opinion, on a dit que l'expression "opérations de consommateurs" constituait un critère clair et objectif, alors que la notion de "protection des consommateurs" pourrait manquer de clarté et susciter des difficultés. De telles difficultés pourraient surgir en particulier si l'on était amené à devoir préciser en quoi consistait la législation visant à protéger les consommateurs. On a donné des exemples de cas où un conflit pourrait surgir entre les dispositions réglementaires types et d'autres règles de droit applicables et qui, bien que ne se présentant pas expressément comme destinées à protéger les consommateurs, pourraient être interprétées comme ayant un effet de protection à l'égard de ceux-ci. On a dit, par exemple, que la législation protégeant le secret des données était, en un certain sens, une législation visant à protéger les consommateurs et qu'elle ne serait pourtant pas régie par les dispositions réglementaires types.

39. Toutefois, selon l'opinion qui a prévalu, la variante D devrait être rejetée. Le Groupe de travail a réaffirmé la décision qu'il avait prise à sa dix-neuvième session, selon laquelle les dispositions réglementaires types devraient s'appliquer à tous les messages, y compris les messages émanant des consommateurs ou destinés à ceux-ci, étant acquis qu'il faudrait bien préciser que les dispositions réglementaires types n'avaient pas pour objet de déroger en aucune façon à la législation relative à la protection des consommateurs (voir A/CN.9/373, par. 29 à 31).

40. Le Groupe de travail s'est ensuite penché sur la variante B. Celle-ci a été critiquée au motif qu'elle pourrait entraîner la nécessité de déterminer si une loi donnée visait à assurer la protection des consommateurs, ce qui poserait la difficile question de l'interprétation de la loi. En outre, la variante B pourrait être interprétée à tort comme assujettissant le droit commercial à la législation relative à la protection des consommateurs. Aussi a-t-on proposé, au cas où la variante serait retenue, de la placer entre crochets. Selon l'opinion qui a prévalu, toutefois, il fallait retenir la variante B, car elle reconnaissait de façon appropriée le principe selon lequel les consommateurs pourraient bénéficier de l'application des dispositions réglementaires types, tout en laissant la possibilité au législateur de prévoir une protection spéciale des consommateurs.

Note relative à l'article premier

41. Selon un avis, les dispositions réglementaires types ne devraient s'appliquer qu'aux utilisations internationales, car elles avaient pour objet de faciliter le commerce international. Il a été dit qu'une telle limitation du champ d'application correspondrait au mandat général de la Commission en ce qui concerne le commerce international. Selon un avis en sens contraire, l'application des dispositions réglementaires types ne devrait pas être limitée aux utilisations internationales. A l'appui de cette opinion, il a été indiqué que la certitude juridique que devaient offrir les dispositions réglementaires types était nécessaire pour les échanges commerciaux tant internes qu'internationaux. En outre, la coexistence de deux régimes régissant les moyens électroniques d'enregistrement et de communication des données pourrait entraver sérieusement le recours à de tels moyens.

42. Après un débat, le Groupe de travail a réaffirmé la décision prise à sa session précédente, selon laquelle les dispositions réglementaires types seraient applicables en principe aux utilisations internationales et aux utilisations nationales, une note de bas de page devant indiquer un critère éventuel d'internationalité pour les États qui pourraient souhaiter limiter l'applicabilité des règles uniformes aux utilisations internationales (A/CN.9/387, par. 21).

43. En ce qui concerne le texte de la note de bas de page, un certain nombre d'améliorations de caractère rédactionnel ont été proposées. On a indiqué que la notion d'"intérêts commerciaux internationaux" était trop large et risquait de prêter à confusion, car elle pourrait être interprétée comme visant indifféremment les intérêts des gouvernements et les intérêts des partenaires commerciaux dans le domaine du commerce international. On a donc proposé que le texte mentionne le "commerce international" ou les "intérêts commerciaux internationaux". Il y a eu un accord général pour estimer que la question devrait être examinée par un groupe de rédaction que le Groupe de travail devrait créer à une prochaine session.

Article 2. Définitions

44. Le Groupe de travail a décidé, s'agissant du projet d'article 2, de procéder à la session en cours à un échange de vues sur les définitions qui y figuraient mais de surseoir à se prononcer définitivement à leur sujet jusqu'à ce qu'il ait fini d'examiner plus avant le projet de disposition réglementaire type dans son ensemble.

Alinéa a *(Définition de "[Enregistrement] [message] de données")*

45. Le Groupe de travail a noté que le texte de l'alinéa *a* reflétait les décisions qui avaient été prises lors de la précédente session (A/CN.9/387, par. 30 à 39). Il a ensuite entrepris d'examiner plus avant divers éléments entrant dans la définition, essentiellement du point de vue rédactionnel.

46. On a exprimé l'avis selon lequel, qu'il soit ou non assorti des mots "enregistrement" ou "message", le terme "données" n'était pas précis, car il pouvait être interprété comme se référant soit à toute information sur ordinateur, soit aux domaines d'information visés dans les messages d'EDI. Il a été suggéré d'employer en lieu et place une formule du genre : "le terme "enregistrement électronique" désigne toute information revêtant la forme de données ou messages ...". L'emploi de l'adjectif "électronique" ne serait pas forcément interprété comme excluant les moyens non électroniques futurs. A cela on a opposé que le terme "données" et l'expression "enregistrement de données" avaient une connotation précise bien connue dans la pratique. En réponse à une proposition tendant à utiliser l'expression "document électronique", il a été rappelé que le Groupe de travail s'était précédemment abstenu d'utiliser le mot "document" car il pourrait impliquer l'utilisation d'un support papier. Il a par ailleurs été suggéré de renoncer à assortir les mots retenus de l'adjectif "électroniques", qui se référait par définition aux moyens utilisés et d'insérer comme élément essentiel de la définition la notion de création, de stockage, ou de communication numériques des informations.

47. L'autre partie de la définition à laquelle le Groupe de travail s'est intéressé était la référence à la création, au stockage et à la communication des informations. On a fait valoir que la communication ou la transmission des informations devait être un élément essentiel, opinion qui, comme par le passé, n'a pas rencontré l'adhésion des membres du Groupe de travail. Quant à la référence à la création d'informations, on a exprimé la crainte que cette formulation, en particulier lorsqu'elle était rapprochée de celle du paragraphe 2 du projet d'article 12, ne soit interprétée comme ménageant la possibilité de conclure des contrats en l'absence totale de toute intervention humaine. On a également craint que le mot "créée" ne donne à penser qu'il était possible de procéder par communications purement verbales. Compte tenu de ces opinions, il a été proposé de remplacer l'adjectif "créée" par l'adjectif "enregistrée".

48. Tout en reconnaissant le bien-fondé de la crainte de voir l'adjectif "créée" interprété ainsi, on est largement convenu que la définition devait tenir compte du fait que l'on avait de plus en plus recours dans le monde des affaires à des techniques de communication informatiques interactives sans intervention humaine ou presque dans le cadre desquelles des logiciels permettaient à des ordinateurs de prendre des décisions à l'intérieur de paramètres limités (par exemple, le contrôle informatique des stocks déclenchant la passation de nouvelles commandes par ordinateur en cas de diminution des stocks). Bien entendu, derrière de telles communications strictement informatiques il y avait des personnes physiques ou morales responsables en dernier ressort de leurs conséquences juridiques. Il a en outre été proposé de remplacer l'adjectif "créée" par l'adjectif "générée".

49. Les avis ont divergé quant au choix que le Groupe de travail devait faire entre les expressions "enregistrement de données" et "message de données", qui ont chacune été source de préoccupation. D'une part, on s'est inquiété de ce que le terme "message" risque de donner à penser que les données purement stockées étaient exclues, le reproche étant, d'autre part, fait au mot "enregistrement" de risquer d'être interprété comme excluant les données qui étaient communiquées. On a estimé que l'expression générique "déclaration de données" pourrait englober à la fois les données stockées et les données communiquées. La critique adressée à cette proposition à son tour a été que le terme "déclaration" risquerait d'impliquer l'utilisation d'un support papier de même que l'exclusion des échanges de données d'ordinateur. A l'issue d'un débat, le Groupe de travail a décidé de maintenir, du moins pour l'instant, l'expression "enregistrement de données" comprise comme englobant les messages informatiques.

50. Des divergences de vues se sont également fait jour quant à savoir s'il fallait maintenir ou non la référence au télégraphe, au télex et à la télécopie. Selon une opinion, ces formes de communication ne devraient pas figurer dans la définition. A l'appui de cette opinion, on a fait valoir qu'il existait des différences entre ces formes de communication et l'EDI, qui, outre les facteurs d'ordre technologique, tenaient notamment au fait qu'une réglementation bien établie régissait les communications par télégraphe et par télex, à l'exception peut-être de la télécopie que l'on pourrait cependant considérer juridiquement comme combinant la correspondance et la photocopie.

51. On est convenu de réaffirmer la décision qui avait été prise antérieurement d'envisager les moyens de communication selon une vaste perspective et de maintenir la référence au télégraphe, au télex ou à la télécopie dans la définition. Le Groupe de travail n'a pas davantage retenu la proposition tendant à mentionner uniquement le télex et le télégraphe à

l'exclusion de la télécopie. On a fait observer lors du débat que la distinction sur le plan technique entre l'EDI et ces moyens de communications s'estompait car celles-ci faisaient de plus en plus appel à des techniques qui offraient la possibilité d'un enregistrement. A cela on pourrait ajouter qu'une opération concernant les données pourrait faire intervenir plusieurs types de moyens. On a estimé qu'en prescrivant la numération la définition dissiperait toute incertitude quant à la prise en compte du télégraphe, du télex et de la photocopie. D'autres propositions concernant les moyens de communication tendaient notamment à insérer une référence à la correspondance électronique, à éviter d'exclure la pratique consistant à émettre sur la base d'une conversation téléphonique un télégraphe à l'adresse de l'intermédiaire de la teneur du télégramme et à renoncer à parler des moyens "analogues", cette expression risquant de donner à penser à tort à l'existence d'un lien avec la technologie analogique.

Alinéa b *(Définition de "Échange de données informatisées (EDI)")*

52. Le Groupe de travail a jugé le texte de l'alinéa *b* acceptable dans l'ensemble quant au fond. On a fait observer que pour l'établissement d'un projet révisé, il serait peut-être utile d'examiner toute définition de "l'EDI" que la Commission économique pour l'Europe (CEE) pourrait adopter dans le cadre de l'EDIFACT/ONU.

Alinéa c *(Définition de "[Expéditeur] [Initiateur]")*

53. Le Groupe de travail a noté que le texte de l'alinéa reflétait les décisions qu'il avait prises à sa précédente session (A/CN.9/387, par. 43 à 46). Il a ensuite entrepris d'examiner plus avant les divers éléments de la définition principalement du point de vue rédactionnel.

54. Quant au choix entre les termes "expéditeur" et "initiateur", les avis ont été partagés. On s'est toutefois largement accordé à juger que le mot "initiateur" cadrerait mieux avec le choix du mot "enregistrement" à l'alinéa *a*. On a fait observer que le mot "initiateur" était couramment utilisé dans la pratique à l'occasion de la communication ou de la transmission d'informations.

55. On s'est largement accordé à considérer que, dans la mesure où la notion d'"intermédiaire" était définie à l'alinéa *e*, les mots "autre qu'une personne s'acquittant de fonctions d'intermédiaire" devaient être remplacés par les mots "autre qu'un intermédiaire".

56. Les mots "toute personne au nom de laquelle un [enregistrement] [message] de données régi par les présentes Règles est présumé avoir été créé, stocké ou communiqué" ont suscité plusieurs critiques dont l'une a été que l'expression "toute personne" était trop générale et devait être remplacée par l'expression "une personne" de manière à éviter de viser les personnes autres que les initiateurs. Une autre critique a été que les mots "au nom de laquelle" pouvaient être interprétés comme excluant l'initiateur lui-même. Si l'on a estimé qu'il fallait remanier le texte de manière à viser expressément l'initiateur et toute autre personne agissant en son nom, on est largement convenu que le texte était assez clair pour prévenir toute mauvaise interprétation. On a par ailleurs fait valoir que les mots "régi par les présentes Règles" étaient superflus car l'expression "enregistrement de données" était définie à l'alinéa *a*. On est convenu de les supprimer.

57. S'agissant de la notion de "personne" employée dans le projet de définition, on a exprimé la crainte que la simple référence à une "personne" ne suffise pas à indiquer clairement que toute personne ou entité morale au nom de laquelle un message avait été créé devait être considérée comme l'expéditeur. Il a en particulier été déclaré que les messages produits automatiquement par ordinateur sans intervention directe de l'homme devaient manifestement être considérés comme "envoyés" par la personne morale pour le compte de laquelle l'ordinateur était exploité. Pour ce qui était des messages produits automatiquement, on a également indiqué qu'il fallait prévoir une disposition spéciale pour régler la question de l'intention d'envoyer un message en pareil cas. On a par ailleurs fait observer que la référence à la personne à l'origine d'un message risquait d'être interprétée à tort comme désignant tout préposé au traitement des données. Il a notamment été proposé de remplacer les mots "toute personne" ou "une personne" par les expressions "une personne physique ou morale", "une personne ou entité", "une partie" et "quiconque". Il a par ailleurs été proposé d'insérer, soit dans le texte des dispositions réglementaires types ou dans une note de bas de page, une définition de la notion de "personne".

58. En réponse aux propositions et critiques formulées, il a été rappelé que le Groupe de travail avait tenu la même discussion à sa précédente session (A/CN.9/387, par. 44). Il a été noté que la notion de "personne" avait été employée dans des textes antérieurs de la CNUDCI, sans que cela ne pose apparemment de problème. Il a aussi été noté que si les dispositions réglementaires types renonçaient à employer la notion de "personne" ou introduisaient une définition de cette notion, il pourrait en résulter des difficultés à l'occasion de l'interprétation d'autres textes de la CNUDCI. On a fait observer que dans la plupart des systèmes juridiques, la notion de "personne" désignait les sujets de droits et obligations et s'entendait toujours des personnes physiques et morales. On a également exprimé l'avis que si la notion d'"entité" était utilisée, le projet devrait préciser qu'il n'entendait pas ériger un quelconque coordinateur en sujet de droits et obligations. Si d'aucuns se sont déclarés favorables à la notion de "partie" qui était considérée comme assez neutre, on a fait à celle-ci aussi le reproche d'appartenir au domaine des contrats.

Alinéa d *(Définition de "Destinataire")*

59. On s'est interrogé sur le bien-fondé de cet alinéa en faisant valoir que le terme "destinataire" était emprunté au langage courant et que son sens ressortirait clairement du contexte où il était utilisé; il ne s'agissait donc pas d'un terme spécialisé devant être défini dans les dispositions statutaires types. On a émis l'opinion que la définition avait apparemment pour seul objet d'exclure les intermédiaires de la notion de "destinataire". On s'est demandé si cette exclusion générale se justifiait, car il pourrait y avoir des cas dans lesquels un intermédiaire serait un destinataire, par exemple, lorsqu'il agissait en qualité de représentant d'un utilisateur final. Pour défendre le maintien de l'alinéa *d*, on a indiqué que le terme "destinataire" était important, comme cela res-

sortait du fait qu'il était utilisé tout au long du texte des dispositions statutaires types.

60. Les observations et opinions suivantes ont été exprimées à l'effet de modifier ou de nuancer le texte de l'alinéa *d*, au cas où il serait maintenu : les mots "toute personne autre qu'une personne s'acquittant de fonctions d'intermédiaire" n'étaient pas clairs et risquaient d'offrir la possibilité de tourner la définition; ces mots pouvaient donc être supprimés, surtout si l'on optait dans l'alinéa *e* pour une formulation du genre "toute personne qui fournit le service"; l'expression "toute personne" était trop large, d'autres personnes que les destinataires pouvant entrer en ligne de compte, et il valait donc mieux parler de "la personne" ou d'"une personne"; le terme "utilisateur final" pourrait s'avérer trop étroit, car la loi n'avait pas à se préoccuper du point de savoir si le destinataire utilisait ou non un enregistrement de données; il fallait supprimer les mots "en dernier lieu", car ils risquaient d'exclure la possibilité pour le destinataire de se trouver au milieu de la chaîne de transmission du message; cette disposition offrait peut-être un cas dans lequel l'expression "message de données" aurait été préférable à celle de "enregistrement de données", l'accent étant mis dans la disposition actuelle sur la transmission de données; les mots "régi par les présentes Règles" étaient inutiles, puisque tous les "enregistrements de données", en tant que terme défini, étaient visés.

Alinéa e *(Définition de "Intermédiaire")*

61. Selon une opinion, il n'était peut-être pas nécessaire de définir le terme "intermédiaire". Cependant, la plupart des interventions ont été axées sur les modifications à apporter à l'alinéa. En ce qui concerne la première phrase, on a craint, en liaison avec une préoccupation soulevée à propos de l'alinéa *d* (voir ci-dessus, par. 60), que l'expression "dans le cadre ordinaire de ses activités commerciales" offre le moyen de tourner la définition. On a proposé de supprimer ce membre de phrase ou, à défaut, de lui substituer l'expression "au nom d'une personne". On a proposé aussi, pour répondre à la préoccupation ainsi exprimée à l'alinéa *e*, tout comme aux alinéas *c* et *d*, d'axer ces dispositions sur les droits et obligations relatifs à un message particulier.

62. Il y a eu également un échange de vues à propos de la seconde phrase de l'alinéa *e*, qui contient une liste non exhaustive de services à valeur ajoutée pouvant être fournis par un intermédiaire. Un certain nombre d'intervenants ont mis en doute la nécessité de cette phrase et fait valoir que les services à valeur ajoutée dont il y était question se situaient en dehors de la chaîne de transmission des messages et étaient donc étrangers aux droits et obligations visés par les dispositions statutaires types. On a dit que le champ d'application du texte devrait être délimité par les droits et obligations ayant trait à la fonction de transmission exercée par l'intermédiaire. On a dit aussi que la phrase énonçait ce qui apparaissait comme une règle de fond et qu'à ce titre elle ne correspondait pas à ce qu'on attendait d'une définition. D'autres intervenants se sont cependant prononcés pour le maintien de la seconde phrase, estimant que ces services à valeur ajoutée remplissaient une fonction commerciale de plus en plus importante et devraient être reconnus. Il a également été dit que, dans un tel cas, il faudrait élucider le rôle de l'intermédiaire en tant que fournisseur de services, tout comme il faudrait préciser plus clairement que la liste des services éventuels énumérés dans la définition n'était pas exhaustive.

Alinéa f *(Définition de "Enregistrement")*

63. On s'est demandé s'il était bien nécessaire ou souhaitable de prévoir une définition de l'"enregistrement", compte tenu de la définition du terme "enregistrement de données" figurant à l'alinéa *a*. Non seulement il existait un risque de confusion et de chevauchement avec l'alinéa *a*, mais la mention d'une exigence de forme dans la définition risquait de créer un chevauchement et, le cas éventuel, un conflit avec le projet d'article 6.

64. A propos des deux variantes de l'alinéa *f* dont le Groupe de travail était saisi, il a été dit que la variante A paraissait plus compliquée que la variante B et que cette dernière était donc préférable. S'agissant du libellé de la variante B, on s'est demandé s'il convenait d'appliquer le mot "représentation" à ce qui était en réalité une série d'impulsions électroniques et l'on s'est inquiété du manque de clarté de la mention d'une reproduction de l'enregistrement. On a proposé de modifier le libellé de la définition en insistant sur les éléments de durabilité et de forme : "... une représentation durable de données converties ou susceptibles d'être converties dans une forme perceptible". Toutefois, on a dit, une fois de plus, que cette définition risquait de chevaucher avec le projet d'article 6.

65. Le Groupe de travail a conclu ses délibérations au sujet du projet d'article 2 en notant que, outre les décisions qui avaient été prises, un certain nombre de propositions de caractère rédactionnel qui avaient été faites pourraient être prises en considération lors de l'élaboration d'un projet révisé de dispositions statutaires types.

Article 3. Interprétation des règles uniformes

Paragraphe 1

66. Il a été noté que le paragraphe 1 énonçait une règle interprétative conçue sur le modèle du paragraphe 1 de l'article 7 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, soulignant l'importance du caractère international des dispositions réglementaires types et la nécessité de promouvoir l'uniformité de leur application et le respect de la bonne foi. Les opinions ont divergé quant à l'opportunité de maintenir ou non cette disposition. Selon un avis, si une disposition de ce type pouvait être utile dans le cadre d'une convention internationale, elle pourrait n'avoir aucun intérêt s'agissant de dispositions réglementaires qui, à terme, prendraient place dans le droit interne. Le paragraphe 1, a-t-on déclaré, portait uniquement sur l'interprétation des dispositions réglementaires types, mais en fait ce serait la législation nationale portant incorporation de celles-ci et non les dispositions réglementaires types proprement dites qui serait soumise à l'interprétation des tribunaux internes. Aussi le paragraphe 1 ne s'appliquerait-il tout simplement pas. Il a été souligné que c'est pour cette raison que la CNUDCI n'avait inséré aucune règle interprétative de cette nature dans les lois types qu'elle avait établies à ce jour.

67. Selon l'opinion qui a prévalu toutefois le paragraphe 1 devrait être maintenu. On a fait valoir qu'une disposition allant dans le sens du paragraphe 1 contribuerait à l'unification et à l'harmonisation du droit en ce sens qu'elle pourrait fournir des orientations utiles aux tribunaux et autres autorités internes. On a indiqué que, dans certains pays, en particulier dans les États fédéraux, il n'était pas rare que des règles types donnent de telles orientations dont l'objet était de limiter la mesure dans laquelle un texte uniforme, une fois incorporé dans le droit interne, pouvait être interprété uniquement par référence aux concepts du droit interne considéré. On a également indiqué que, dans certains systèmes juridiques, on admettait que les lois internes puissent être soumises à un ensemble différent de règles interprétatives, selon qu'elles étaient d'origine interne ou internationale, par exemple lorsqu'elles émanaient des organes d'organisations d'intégration économique régionales. Au surplus, il était conforme avec la pratique suivie dans les instruments juridiques internationaux modernes de prévoir une telle règle visant à l'harmonisation ou à l'interprétation uniforme des lois internes.

68. Un certain nombre de modifications d'ordre rédactionnel ont été proposées. Comme les dispositions réglementaires types s'appliquaient dans les contextes national et international, il était nécessaire de circonscrire l'application de cette disposition aux opérations strictement internes. C'est ainsi qu'il a été proposé d'insérer l'expression "le cas échéant" avant les mots "de leur caractère international". Il a également été proposé de supprimer la référence au commerce international, la bonne foi ayant le même sens dans le commerce intérieur et dans le commerce international. On a par ailleurs fait remarquer que la notion de caractère international et la nécessité de promouvoir l'uniformité étaient des objectifs différents qui devaient faire l'objet de paragraphes distincts de manière à éviter toute confusion.

69. On a exprimé l'avis que l'un des objectifs des dispositions réglementaires types serait d'encourager l'utilisation des nouvelles techniques de communication. Aussi a-t-on suggéré d'insérer entre les paragraphes 1 et 2 actuels un nouveau paragraphe conçu comme suit : "Il doit être également tenu compte de l'objectif assigné aux présentes Règles de renforcer le commerce par le biais d'opérations faisant appel à des méthodes commerciales modernes". Cette proposition a été critiquée au motif qu'elle risquait d'être interprétée comme prescrivant l'utilisation de communications électroniques alors que le Groupe de travail entendait simplement éliminer les obstacles à l'utilisation de ces communications. On a également fait valoir que l'adjectif "modernes" était impropre car les techniques "modernes" seraient un jour dépassées.

Paragraphe 2

70. Il a été noté que le paragraphe 2, inspiré du paragraphe 2 de l'article 7 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, disposait qu'il serait suppléé aux lacunes des dispositions réglementaires types par l'application des principes généraux inclus dans ces dispositions ou, à défaut de tels principes, de la loi applicable en vertu des règles du droit international privé.

71. Les avis ont divergé quant à savoir s'il fallait supprimer ou conserver, voire modifier le paragraphe. A l'appui de la suppression du paragraphe, on a fait valoir qu'il était inapproprié d'insérer une référence aux "principes généraux dont [les règles] s'inspirent" dans les dispositions réglementaires types, car on ne voyait pas clairement de quels principes il s'agissait. On a également fait observer que la référence à la loi applicable en vertu des règles du droit international privé était inutile, puisque la seule loi applicable serait celle de l'État adoptant les dispositions réglementaires types.

72. Les membres du Groupe de travail se sont toutefois accordés à dire que bien qu'il soit nécessaire de modifier le paragraphe 2, il serait utile d'insérer une règle ainsi conçue dans les dispositions réglementaires types. Concernant cette modification, il a été rappelé qu'à sa précédente session, le Groupe de travail était convenu que la référence à "la loi applicable en vertu des règles du droit international privé" ne devait être maintenue que si les dispositions réglementaires types étaient finalement adoptées sous forme d'une convention internationale (voir A/CN.9/387, par. 56). En conséquence, étant donné sa décision d'utiliser la formule de la loi type, le Groupe de travail a décidé de supprimer la référence aux règles du droit international privé.

73. Plusieurs propositions tendant à améliorer la formulation du paragraphe 2 ont été faites : consacrer à ce paragraphe un article distinct, car il n'énonçait pas une règle interprétative des dispositions réglementaires types ou modifier le titre du projet d'article 3 de manière qu'il corresponde à son contenu : préciser le sens des mots "tranchées" "résolues", car il était impossible de dire lesquels des principes généraux ou de la loi applicable régiraient une question qui ne serait nullement "tranchée" "réglée" par les dispositions réglementaires types ou ne le serait que partiellement; remanier comme suit le paragraphe 2 de manière à y incorporer certaines des idées contenues dans le nouveau paragraphe qu'il était proposé d'insérer entre les paragraphes 1 et 2 actuels (voir plus haut, par. 69) : "Pour l'interprétation des dispositions réglementaires types, il sera tenu compte de leur objectif consistant à donner effet aux principes formulés internationalement visant à faciliter l'utilisation de méthodes modernes de communication et de conservation d'informations et de la nécessité de promouvoir l'uniformité dans l'application de ces principes". Le Groupe de travail a pris note des propositions ci-dessus en tant qu'éléments qui pourraient être examinés à l'occasion de l'établissement d'un projet révisé de dispositions réglementaires types.

Article 4. [Supprimé]

[Article 5. Dérogation conventionnelle]

74. Le principe de l'autonomie des parties sur lequel le projet d'article 5 était fondé a emporté l'adhésion générale. Les avis ont toutefois divergé quant à la façon dont le principe devrait être énoncé dans les dispositions réglementaires types. Selon une opinion, favorable au libellé du projet d'article, l'accent devrait être mis sur le principe général de l'autonomie des parties, qui devrait prévaloir, sauf disposition contraire expresse des dispositions réglementaires types. Dans le même ordre d'idées, il a été suggéré que, dans le but de simplifier et de préciser l'énoncé du principe

général, le texte soit remplacé par une disposition conçue comme suit : "Il peut être dérogé aux présentes règles par voie de convention."

75. Selon une autre opinion, un énoncé général du principe de l'autonomie des parties conçu sur le modèle du projet d'article 5 risquait d'entraîner certaines difficultés. Il a été déclaré, ainsi qu'il avait été souligné lors de la précédente session du Groupe de travail (A/CN.9/387, par. 64), que les dispositions réglementaires types pourraient, dans une certaine mesure, être considérées comme une série de dérogations aux règles consacrées relatives à la forme des actes juridiques. Il a été rappelé que ces règles consacrées avaient habituellement un caractère impératif, car elles étaient généralement l'expression de décisions d'ordre public. On a de ce fait exprimé la crainte qu'une affirmation sans nuances de la faculté des parties de déroger aux dispositions réglementaires types ne soit interprétée à tort comme autorisant les parties, par une dérogation aux dispositions réglementaires types, à déroger aux règles impératives adoptées pour des motifs d'ordre public. C'est ainsi qu'il a été proposé que, au moins en ce qui concerne les dispositions du chapitre II et du projet d'article 14, les dispositions réglementaires types soient considérées comme énonçant les prescriptions formelles minimales et soient, pour cette raison, considérées comme impératives, à moins qu'elles n'en disposent autrement de manière expresse.

76. Une autre proposition qui a reçu un large appui tendait à transférer le projet d'article 5 au chapitre III. On s'est accordé à dire que le chapitre III traitait essentiellement de droits et d'obligations qui devaient rester du domaine de l'autonomie des parties. Quant au chapitre II, il a été fait observer qu'une référence générale à l'autonomie des parties n'était peut-être pas nécessaire, dans la mesure où les projets d'articles 6, 7 et 8 envisageaient expressément les cas où des conventions étaient conclues entre les parties. On a toutefois exprimé l'avis que, s'agissant du projet d'article 9, il pourrait être nécessaire de prévoir une disposition pour valider les conventions conclues entre les parties concernant les moyens de preuve qui seraient utilisés aux fins de leurs relations contractuelles.

77. Plusieurs propositions ont été faites à propos du libellé du projet d'article 5. On a indiqué que l'autonomie des parties devrait s'appliquer non seulement dans le cadre des relations entre initiateurs et destinataires d'enregistrements de données, mais également à l'occasion des relations faisant intervenir des intermédiaires. On a également estimé que le texte devrait limiter expressément l'autonomie des parties aux droits et obligations découlant "des rapports entre parties contractantes" de manière à écarter toute implication quant aux droits et obligations des tiers.

78. A l'issue d'un débat, le Groupe de travail a décidé que le libellé actuel du projet d'article 5 serait maintenu sous réserve d'améliorations d'ordre rédactionnel et que chaque article des dispositions réglementaires types serait examiné en vue de déterminer si les parties devraient être autorisées à déroger à ses dispositions. Il a été convenu que, après avoir achevé l'examen des articles restants des dispositions réglementaires types, le Groupe de travail reprendrait l'examen du projet d'article 5 et déciderait s'il était possible ou non de regrouper en un article unique traitant de l'autonomie des parties toutes les exceptions de caractère impératif des dispositions réglementaires types. Le Groupe de travail a également remis à plus tard sa décision définitive sur la question de savoir si le projet d'article 5 devait être transféré ou non au chapitre III.

Chapitre II. Conditions de forme

Article 5 bis

79. Il a été rappelé que le Groupe de travail était convenu, à sa session précédente, que les dispositions réglementaires types contiendraient une disposition de portée plus large afin de préciser que le caractère légal ne pouvait être refusé à des messages de données commerciales uniquement du fait de leur forme électronique (A/CN.9/387, par. 94). Il a été noté que le mot "seul" avait été omis dans la version actuelle du projet d'article 5 *bis*, compte tenu de ce qu'à la session précédente du Groupe de travail, on avait objecté que l'emploi de mots comme "seulement" ou "au seul motif" risquait de susciter des incertitudes sur le point de savoir si une objection à l'encontre d'un message de données commerciales pourrait être considérée comme fondée sur le motif que le message était sous forme électronique, et non sur d'autres motifs (voir A/CN.9/387, par. 102 et 148).

80. Le projet d'article 5 *bis* a suscité plusieurs craintes. On a déclaré par exemple qu'il était libellé d'une façon trop large et que l'on risquait de ce fait, alors que ce n'était pas là le but recherché, d'être obligé de reconnaître la valeur légale de l'information présentée sous la forme d'un enregistrement de données, sans avoir à se préoccuper de savoir si un contrat prévoyait l'obligation d'utiliser des documents écrits. On risquait également, et c'était là un autre effet non recherché, de devoir valider l'utilisation de moyens électroniques d'enregistrement de l'information dans des cas où un régime réglementaire prescrivait l'utilisation d'un écrit, par exemple dans le cas de chèques, de lettres de change et de diverses sortes de documents conférant un droit de propriété ou d'autres droits exclusifs sur des marchandises.

81. On s'est également inquiété de ce que le projet d'article 5 *bis* pourrait être en contradiction avec les projets d'article 6, 7 et 8. On a dit que ces projets d'articles avaient pour objet de permettre d'écarter certaines exigences dans des conditions rigoureusement contrôlées, et que le projet d'article 5 *bis* risquait d'être interprété comme dispensant de telles exigences, sans prévoir la moindre condition concernant l'utilisation d'enregistrements de données.

82. Plusieurs propositions ont été faites en vue de restreindre le champ d'application du projet d'article 5 *bis*. On a suggéré par exemple de le limiter au domaine contractuel et de disposer expressément que les parties pourraient s'écarter des dispositions de l'article. On a également proposé de limiter le champ d'application de l'article 5 *bis* aux domaines visés par les projets d'article 6, 7 et 8 et de faire explicitement référence aux conditions énoncées dans ces articles. A cet égard, on a proposé d'apporter plusieurs changements soit au libellé soit à la structure de l'article. Selon une proposition, le projet d'article 5 *bis* devait être libellé sous la forme d'une règle positive conçue comme une introduction aux projets d'articles 6, 7 et 8. Selon une autre pro-

position, le projet d'article 5 *bis* devait être fusionné avec les projets d'article 6 et 8 dans une disposition unique établissant la valeur légale des enregistrements de données lorsque étaient réunies certaines conditions ayant trait à la qualité et à la sécurité du procédé d'enregistrement. Selon une autre proposition encore, l'article 5 *bis* devait être reformulé comme suit : "La valeur légale, la validité ou la force exécutoire d'un enregistrement de données ne peut être refusée qu'au motif que l'information qu'il contient doit être enregistrée sous forme écrite ou présentée sous sa forme originale si les conditions prévues à l'article 6 ou à l'article 8 (selon le cas) ne sont pas remplies."

83. D'autres propositions ont été faites au sujet du champ d'application du projet d'article 5 *bis*. On a ainsi proposé d'exclure expressément certains instruments, comme les chèques et les titres de propriété. On a proposé aussi de limiter la portée du projet d'article au domaine de l'admissibilité de la preuve. A cet égard, on a proposé de fusionner le projet d'article 5 *bis* et le projet d'article 9 pour indiquer que, aux fins de preuve, la fiabilité d'un enregistrement de données ne devrait pas être mise en question, à moins que la partie qui ne reconnaissait pas l'admissibilité d'un enregistrement de données établisse qu'il existait des motifs raisonnables d'estimer que l'enregistrement de données pourrait ne pas être fiable.

84. En réponse aux préoccupations et propositions susmentionnées, on a rappelé que le projet d'article avait pour seul objet de traduire le principe général accepté par le Groupe de travail à sa session précédente (voir plus haut, par. 79). On a indiqué que le projet d'article ne visait pas à régler les questions ayant trait à la preuve ni à établir la valeur légale d'un enregistrement de données, mais simplement à garantir que cette valeur légale ne soit pas refusée au seul motif que l'enregistrement de données se présentait sous forme électronique. Il a également été déclaré que le projet d'article 5 *bis* n'avait pas pour objet de permettre qu'un enregistrement de données se substitue à un élément formel qui pourrait être rendu obligatoire dans un régime juridique donné. On a convenu généralement, par exemple, que des chèques établis sous forme électronique ne pouvaient être présentés valablement à l'encaissement.

85. Après un débat, le Groupe de travail a réaffirmé sa décision selon laquelle les dispositions réglementaires types devraient poser en principe que des enregistrements ne pouvaient être rejetés uniquement en raison de leur forme. Un large accord s'est fait pour estimer que ces principes devraient s'appliquer généralement. Il ne faudrait donc pas limiter le champ d'application du projet d'article au domaine de la preuve ou à d'autres questions traitées dans les projets d'articles 6 à 9.

86. On a toutefois estimé généralement que l'article 5 *bis* devrait être reformulé pour exprimer plus clairement le principe sur lequel il se fondait. A cet égard, on a proposé de commencer le projet d'article par les mots "Aux fins de toutes règles de droit" et d'insérer l'expression "au seul motif" dans le texte actuel. On a proposé également de libeller le projet d'article comme suit : "La valeur légale, la validité ou la force exécutoire d'un enregistrement de données ne sont pas refusées au seul motif qu'il est enregistré sous forme électronique." On a encore proposé de remplacer les mots "au motif que l'information qu'il contient doit être enregistrée sous forme [écrite] [documentaire] ou présentée sous sa forme originale" par les mots "au seul motif qu'il est établi sous une forme prévue par les présentes Règles" ou "au seul motif qu'il n'a pas été stocké ou communiqué sur un support papier". On a également proposé le libellé suivant : "La valeur légale, la validité ou la force exécutoire d'une information ne sont pas refusées au seul motif qu'elle est présentée sous la forme d'un enregistrement de données."

87. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de libeller le projet d'article 5 *bis* comme suit "La valeur légale, la validité ou la force exécutoire d'une information ne sont pas refusées au seul motif qu'elle est présentée sous la forme d'un enregistrement de données."

Article 6. Équivalent fonctionnel de l'"écrit"

Titre

88. Selon un avis, le sens de l'expression "équivalent fonctionnel" n'était pas clair — d'autant qu'elle n'apparaissait que dans le titre — et qu'il convenait de rechercher une formulation différente. Aucune des propositions de reformulation du titre ("forme", "exigence fonctionnelle de l'écrit" et "notion d'écrit") n'a recueilli suffisamment de suffrages. En même temps, le Groupe de travail a été prié instamment de ne pas hésiter à employer dans la formulation du titre et du texte du projet d'article 6 des termes d'usage courant dans le domaine de l'EDI.

Paragraphe 1

89. Ayant à choisir entre les variantes A et B, le Groupe de travail a estimé généralement que la variante A était préférable. Selon un avis, toutefois, il fallait donner la préférence à la variante B parce que les expressions utilisées dans cette variante, notamment "visualisée" et "immédiatement accessible", étaient plus objectives et vérifiables que les termes correspondants de la variante A, "visible et intelligible". On s'est aussi demandé si, dans la variante A, l'expression "qui suppose l'existence d'un écrit" était appropriée, puisque le point capital était de traiter le cas dans lequel un texte de loi aurait des conséquences si l'information n'était pas présentée par écrit.

90. S'étant mis d'accord sur la variante A, le Groupe de travail s'est lancé dans une discussion sur les diverses propositions avancées pour en perfectionner la teneur et la formulation. Comme cela avait été le cas pour l'examen du projet d'article 6 à la session précédente (A/CN.9/387, par. 66 à 80), on a estimé que les conditions d'admissibilité d'un enregistrement de données comme substitut d'un écrit devraient notamment comprendre une référence à l'intégrité ou à la fiabilité de l'enregistrement de données, indépendamment ou au lieu des règles de preuve énoncées dans le projet d'article 9; il a été déclaré qu'un enregistrement de données ne pouvait être considéré comme un véritable "équivalent" de l'écrit et que ces conditions supplémentaires étaient donc nécessaires pour assurer la sécurité. Il a également été déclaré que, dans un certain nombre de pays, dans lesquels la législation existante exige la présentation d'un

écrit, un enregistrement de données ne pouvait être considéré comme répondant à cette exigence que s'il constituait un "enregistrement" au sens de la définition proposée à l'alinéa *f* de l'article 2; si l'on avait l'assurance de l'intégrité de cet enregistrement; et si l'enregistrement des données était intelligible et accessible. On a estimé qu'une telle couche supplémentaire de conditions d'admissibilité, allant au-delà de celles figurant au paragraphe 1 *a* et *b* de la variante A, était nécessaire pour tenir compte des limites de l'infrastructure et de la technologie de l'EDI et des moyens connexes, illustrées en particulier dans des cas allant des télécopies aux effets tels que valeurs, chèques, titres de propriété négociables, actes de propriété ou même simples souches. On s'est également inquiété de l'opposabilité aux tiers des enregistrements de données.

91. Les formules qu'il a été proposées de retenir comme conditions supplémentaires, outre "intégrité" ou "fiabilité", étaient les suivantes : consignation fidèle dans l'enregistrement de données des échanges qui ont effectivement eu lieu; authenticité et garantie contre la falsification; enfin, durabilité. Une proposition structurelle conforme à cette approche a été de combiner l'article 6 et l'article 8, dont la variante A du paragraphe 1 *b* mentionnait l'intégrité des informations présentées sous forme enregistrée. Les propositions visant à atténuer l'effet des conditions supplémentaires d'utilisation de l'EDI étaient les suivantes : établissement d'une présomption réfragable de fiabilité des enregistrements de données; application de normes telles que "caractère raisonnablement commercial" ou "selon les circonstances"; référence à une "sécurité minimale"; enfin, cohérence des tests de fiabilité prévus aux articles 6, 7 et 8.

92. En réponse à l'opinion selon laquelle il devrait être fait mention de l'intégrité ou de la fiabilité de l'enregistrement de données, il a été rappelé que le Groupe de travail avait examiné la question de manière approfondie à la session précédente et qu'il avait été reconnu que la question de l'intégrité ou de la fiabilité tenait principalement à la valeur ou à la force probante de l'enregistrement de données, question traitée dans le projet d'article 9 et sortant du champ d'application du projet d'article 6, qui se bornait à définir ce qui pourrait être considéré comme l'équivalent d'un écrit. Il a été souligné que le soin de déterminer la valeur probante devait être laissé au juge des faits pour veiller à ce que l'on ne puisse empêcher de présenter les moyens de preuve qui pourraient être nécessaires. Il a aussi été souligné que les préoccupations qui avaient été exprimées à propos de l'intégrité et de la fiabilité des informations dans un environnement EDI étaient pertinentes aussi pour les écrits mais que les conditions supplémentaires proposées ne s'appliquaient pas aux écrits, sur papier, sauf dans le cadre de l'évaluation de la force probante. On a mis en garde contre le fait qu'une telle approche entraverait, plus qu'elle ne faciliterait, l'utilisation de l'EDI et d'autres technologies nouvelles dans la conduite du commerce international. On a souligné en particulier que des conditions supplémentaires comme celles qui sont proposées ci-dessus (voir par. 90 et 91) feraient obstacle à l'EDI en imposant une plus grande contrainte aux enregistrements de données qu'aux écrits sur papier, qui étaient acceptés tels qu'ils étaient présentés.

93. En ce qui concerne les difficultés éventuelles citées plus haut (voir par. 90), il a été expliqué que, là aussi, on soulevait des questions censées devoir être traitées ailleurs dans les dispositions réglementaires : les télécopies pouvaient être considérées comme des copies répondant aux critères d'un écrit, mais qui devraient répondre en outre aux critères d'équivalence fonctionnelle d'un original, question traitée dans le projet d'article 8; les questions soulevées à propos des valeurs, chèques et autres effets mentionnés tomberaient aussi sous le coup de cette règle puisqu'il s'agissait d'effets qui, selon l'usage, devaient être présentés non seulement sous forme écrite mais aussi en tant qu'originaux. On a souligné aussi que les États incorporant ces dispositions dans leur droit interne auraient la possibilité, en vertu du paragraphe 2, de prévoir des dérogations à l'application du projet d'article 6. Il a été noté en outre qu'une limitation expresse de l'opposabilité aux tiers des enregistrements de données n'était pas justifiée, puisque la non-opposabilité aux tiers était un principe général de droit qui s'appliquait également aux écrits.

94. Diverses opinions ont été exprimées sur la question de savoir s'il fallait maintenir la référence à la "coutume ou pratique" figurant dans le chapeau de la variante A. Le Groupe de travail a été instamment prié de supprimer cette référence afin d'exclure du champ d'application la règle du projet d'article 6 de l'exigence d'un écrit découlant de règles de coutume ou de pratique. Il a été déclaré que de telles exigences seraient, dans la plupart des cas, considérées comme de nature contractuelle et sujettes à convention contraire des parties. Il a aussi été déclaré que l'exclusion de telles exigences n'empêcherait pas les États adoptant les dispositions en cause de tenir compte des nécessités particulières de la pratique, ni des différences de situation et d'interprétation selon les pays. On a appuyé le maintien de cette référence au motif que si l'on appliquait le projet d'article 6 aux règles de présentation obligatoire sous forme écrite, il serait approprié de l'appliquer aussi aux exigences de présentation par écrit découlant des règles de coutume ou de pratique. Après délibération, il a été décidé de supprimer la référence aux règles de coutume ou de pratique. Des préoccupations ont aussi été exprimées quant à l'expression "toutes règles de droit", qui pouvait, par exemple, avoir pour effet d'appliquer le projet d'article 6 à des exigences d'ordre administratif. Pour répondre à cette préoccupation, il a été suggéré d'employer une expression du type "la loi stipule", ou de limiter cette référence aux règles du droit commercial.

95. En concluant ses débats sur le projet d'article 6, et dans l'attente d'éventuelles délibérations supplémentaires à un stade ultérieur — après l'examen en particulier du projet d'article 9 —, le Groupe de travail est convenu que le prochain projet de paragraphe 1 serait fondé sur la variante A, sous réserve que la référence aux règles de coutume ou de pratique soit supprimée. Il a aussi été convenu, pour répondre aux préoccupations qui avaient été exprimées, que les mots "visible et intelligible" seraient remplacés par le mot "durable", mis entre crochets.

Paragraphe 2

96. Le Groupe de travail a décidé de reporter l'examen du paragraphe 2 des projets d'articles 6, 7 et 8, jusqu'à ce qu'il ait achevé l'examen des autres dispositions de ces articles (voir ci-après, par. 128 à 133).

Article 7. Équivalent fonctionnel de la "signature"

Paragraphe 1

Chapeau

97. On a généralement été d'accord sur l'orientation du chapeau. Il a été proposé de supprimer les mots "coutume ou pratique" au motif que cette référence était superflue, la coutume et la pratique étant des sources de droit et étant, en tant que telles, visées implicitement par l'expression "toute règle de droit". Au surplus, dans la mesure où la "coutume ou pratique" n'étaient pas reconnues comme sources de droit, elles seraient exclues du champ d'application des dispositions réglementaires types. A l'issue d'un débat, le Groupe de travail a décidé de supprimer l'expression "coutume ou pratique" du chapeau.

98. A propos des mots "expressément ou implicitement", il a été déclaré que, si les exigences de signature étaient souvent expresses, il fallait envisager de façon plus explicite le cas où, sans exiger expressément une signature, une règle de droit prévoyait certaines conséquences au défaut de présentation d'une signature. On s'est accordé à dire que le texte devrait être précisé sur ce point.

99. Quelques propositions d'ordre rédactionnel ont été avancées. L'une d'entre elles consistait à remplacer les mots "exige qu'une information soit signée" par l'expression "exige une signature" ou les mots "exige qu'un document soit signé". Une autre proposition était d'insérer les mots "relativement à un enregistrement de données" après le mot "satisfaite".

Alinéa a

100. Les opinions ont divergé quant à savoir s'il fallait maintenir ou supprimer l'alinéa *a*. A l'appui de la suppression, on a fait valoir que les exigences de signature imposées d'ordinaire par des règles de droit interne impératives ne devaient pas être susceptibles de modification par accord des parties. Selon ce point de vue, le projet d'article 5 consacrant l'autonomie des parties devrait être transféré du chapitre premier au chapitre III, de manière qu'il ne s'applique pas au chapitre II (voir plus haut, par. 76 et 78).

101. A l'appui du maintien de l'alinéa *a*, on a fait valoir que, compte tenu de la pratique en matière d'opérations à grande vitesse sur des volumes importants, il importerait de reconnaître la liberté des parties de convenir du niveau et du type de la méthode d'authentification. On a fait observer en outre que l'alinéa *a* ne visait pas à modifier les exigences de règles de droit impératives, mais simplement à permettre aux parties de convenir de telle ou telle méthode d'authentification dans les cas où la loi exigeait une "signature" sans prescrire une méthode de quantification déterminée. A cet égard, il a été déclaré que, même si l'alinéa *a* avait l'effet non recherché de modifier les exigences légales en matière de signature, les droits des tiers n'en seraient pas affectés. Au surplus, on a dit que si la règle énoncée à l'alinéa *a* venait à contredire une règle impérative de droit interne, elle pourrait être écartée en vertu du paragraphe 2. Outre le maintien de l'alinéa *a*, il a été proposé, à l'effet d'énoncer dans les dispositions réglementaires types une règle reconnaissant l'autonomie des parties en matière de signature, de maintenir le projet d'article 5 au chapitre premier ou de reconnaître l'autonomie des parties aux alinéas *b* ou *c*, ou encore d'énoncer une règle par défaut qui viserait les cas où aucune règle de droit ni aucune convention entre les parties n'exigeraient de signature. A l'issue d'un débat, le Groupe de travail a décidé de maintenir l'alinéa *a* entre crochets.

102. Dans le même ordre d'idées, on s'est demandé si, tel qu'actuellement libellé, l'alinéa *a* suffirait à couvrir les règles des systèmes, c'est-à-dire celles appliquées dans les accords de prestation de services par des tiers. A cet égard, il a été suggéré que les règles relatives au système soient envisagées dans le cadre du projet d'article 5 consacré à l'autonomie des parties en général. On a par ailleurs estimé que l'on gagnerait à traiter des questions touchant les règles des systèmes et des accords entre partenaires commerciaux dans un guide d'application des dispositions réglementaires types.

Alinéas b *et* c

103. Les membres du Groupe de travail ont été d'accord dans l'ensemble sur les principes énoncés aux alinéas *b* et *c*. Il a été noté que les alinéas *b* et *c* reconnaissaient la double fonction de la signature, à savoir identifier l'initiateur et confirmer qu'il avait approuvé la teneur de l'enregistrement de données. Le Groupe de travail a ensuite abordé la question du libellé de ces deux alinéas.

"méthode [d'authentification]"

104. Le Groupe de travail a débattu du point de savoir si l'expression "d'authentification" figurant entre crochets à l'alinéa *b* devait être maintenue ou supprimée. A l'appui de la suppression, on a fait valoir que le terme "authentification" était impropre, car il risquait d'être interprété à tort comme renvoyant à la notarisation de documents. Une autre objection à la notion d'authentification a été que, s'il s'agissait peut-être là d'une expression consacrée dans le cadre de certaines techniques d'EDI, elle pourrait être dénuée de sens ou imprécise s'agissant d'autres techniques. Par ailleurs, il a été déclaré que "l'authentification" était simplement une méthode permettant d'identifier l'initiateur d'un enregistrement de données et d'établir que cet initiateur avait approuvé la teneur de l'enregistrement de données en question. C'est pourquoi on a estimé que l'emploi du terme n'apporterait rien au libellé actuel de l'alinéa *b*. Il a été proposé de remplacer les mots "méthode d'identification" par le mot "procédure".

105. A l'appui du maintien des mots "méthode d'authentification", on a fait valoir que la notion d'"authentification" était utilisée dans les communications EDI et autres qu'EDI et que le sens en était bien établi dans les deux cas. On a toutefois admis qu'il serait peut-être utile de définir l'authentification dans les dispositions réglementaires types. A cet égard, il a été proposé une définition sur le modèle suivant : "par authentification, on entend un procédé permettant de déterminer avec certitude l'identité de l'initiateur d'un enregistrement de données". La formule suivante a également été proposée : "l'authentification est la preuve de l'identification ou le procédé par lequel l'identité revendiquée est vérifiée". On a fait remarquer à propos de la formulation proposée que, du moins dans le cadre de l'EDI, la

notion d'authentification pourrait renvoyer aussi bien à l'identification de l'expéditeur qu'à l'intégrité de la teneur d'un enregistrement de données. A l'issue d'un débat, le Groupe de travail a décidé de maintenir la référence à l'authentification entre crochets.

"créé ou communiqué"

106. Il a été indiqué que, étant donné la décision selon laquelle les dispositions réglementaires types s'appliqueraient aux "enregistrements de données", que ces "enregistrements" soient destinés ou non à être communiqués, il serait peut-être nécessaire de réexaminer le libellé de l'alinéa *b*. Il a été proposé de remplacer les mots "[l'enregistrement] de données a été créé ou communiqué" par les mots "une déclaration de données est faite". Il a été proposé aussi de faire référence à l'identité de l'initiateur et à son intention de voir l'enregistrement de données transmis. On a par ailleurs exprimé la crainte que le terme "personne" figurant après les mots "créé ou communiqué" ne soit pas assez clair. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat de reformuler cette partie de l'alinéa *b* en tenant compte de ces propositions.

"techniquement approprié"

107. Le Groupe de travail a examiné la question de savoir s'il fallait supprimer l'adverbe "techniquement" figurant entre crochets à l'alinéa *c* ou s'il fallait remplacer l'expression "techniquement approprié" par l'expression "commercialement raisonnable". A l'appui de la suppression, on a fait valoir que l'expression était inutile, en ce sens que l'on parlait d'une méthode aussi fiable qu'appropriée compte tenu de toutes les circonstances. En outre, il a été souligné que l'emploi de ce terme avait pour effet de mettre indûment l'accent sur des considérations techniques au détriment d'autres considérations de fond, telles que la valeur économique de l'opération en question. D'un autre côté, on a estimé qu'il serait peut-être plus approprié d'exiger que la méthode d'authentification soit "commercialement raisonnable". On a ajouté que ces mots, qui étaient également utilisés dans la loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux, introduisaient un critère objectif bien connu sur la base duquel la fiabilité d'une méthode d'authentification pouvait être appréciée. Si l'on s'est déclaré favorable à l'idée d'ajouter l'expression "commercialement raisonnable", il y a eu opposition à son emploi en raison de considérations avancées à la précédente session du Groupe de travail (voir A/CN.9/387, par. 85). A l'issue d'un débat, le Groupe de travail a décidé de supprimer le terme "techniquement", sans se prononcer définitivement quant à savoir s'il fallait insérer ou non dans cette disposition une référence au caractère commercialement raisonnable d'une méthode.

"y compris [tout accord entre l'[expéditeur] [initiateur] et le destinataire [de l'enregistrement] [du message] de données] et tout usage commercial pertinent"

108. On a estimé qu'il était inapproprié d'énumérer les facteurs sur la base desquels la fiabilité d'une méthode d'authentification pourrait être appréciée. A l'appui de la suppression de la formule correspondante figurant à la fin de l'alinéa *b*, on a fait valoir qu'une telle énumération de facteurs pourrait paraître exhaustive alors que d'autres facteurs pourraient se révéler utiles pour apprécier la fiabilité d'une méthode d'authentification, par exemple l'existence d'autres méthodes d'authentification possibles ou la valeur et l'importance de l'opération en question. On a cependant estimé qu'il fallait maintenir la référence à tout accord entre les parties au projet d'article 7 ou, si cette référence était supprimée du projet d'article 7, maintenir le projet d'article 5 au chapitre premier de manière à reconnaître dans les dispositions réglementaires types la liberté des parties de convenir d'une méthode d'authentification (voir plus haut, par. 76 et 78). A l'issue d'un débat, le Groupe de travail a décidé de maintenir la référence à l'accord entre les parties entre crochets en vue de l'examiner plus tard et de supprimer les mots "et tout usage commercial pertinent".

Paragraphe 2

109. Le Groupe de travail a décidé de reporter l'examen du paragraphe 2 des projets d'articles 6, 7 et 8 jusqu'à ce qu'il ait achevé l'examen des autres dispositions de ces articles (voir ci-après, par. 128 à 133).

Article 8. Équivalent fonctionnel d'un "original"

Observations d'ordre général

110. Les avis ont divergé sur le point de savoir s'il fallait maintenir ou non le projet d'article 8. A l'appui de sa suppression, on a fait valoir que l'on ne pouvait pas parler d'enregistrements de données "originaux", car si l'on entendait par "original" le support sur lequel l'information était fixée pour la première fois, le destinataire d'un enregistrement de données en recevrait dans tous les cas une copie. Selon un autre avis, une clause comme celle du projet d'article 8 était utile, mais devait être replacée dans un contexte différent. A l'appui de cet avis, il a été souligné que la notion d'"original" devait être envisagée au projet d'article 6, car on parlait généralement d'"original" lorsque la loi prescrivait un écrit (voir plus haut, par. 90). En outre, on a dit que la notion d'"original" pouvait être traitée au projet d'article 9, puisqu'elle était utile aux fins de l'appréciation de l'admissibilité des preuves et de leur force probante, question abordée dans cet article.

111. L'avis qui a prévalu a toutefois été qu'il fallait maintenir le projet d'article 8. Un certain nombre de raisons ont été invoquées à l'appui de ce point de vue. Une première raison a été que ce projet d'article était essentiel, car, dans la pratique, nombre de différends portaient sur la question de l'originalité des documents et, dans le commerce électronique, l'exigence de la présentation d'originaux était l'un des principaux obstacles que les dispositions réglementaires types devaient essayer d'éliminer. Une autre raison a été qu'une disposition comme celle du projet d'article 8 pourrait être utile, car elle conférerait la reconnaissance juridique de documents originaux à certains enregistrements de données, tels que les factures qui se présentaient sous la forme de sorties sur imprimante et ne pouvaient pas avoir la même apparence d'originalité que les connaissements par exemple. Une autre raison encore a été que le projet d'article 8 était nécessaire, dans la mesure où, bien que dans certains systèmes juridiques par "écrit" on entende "original", les dispositions réglementaires types traitaient de l'"écrit", de la "signature" et de l'"original" dans les projets d'articles 6, 7

et 8 respectivement en tant que notions distinctes. Une dernière raison a été que le projet d'article 8 aidait utilement à préciser les notions d'"écrit" et d'"original", compte tenu en particulier de leur importance en matière de preuve.

112. Le Groupe de travail a rappelé qu'à sa précédente session, il avait été estimé que le projet d'article 8 pourrait être utile, s'agissant des titres et effets de commerce dans le cas desquels la notion de spécificité d'un original était particulièrement pertinente (voir A/CN.9/387, par. 91 à 97). Conformément à la décision qu'il avait prise à l'occasion de l'examen du projet d'article premier, le Groupe de travail a précisé que les dispositions réglementaires types n'étaient pas censées s'appliquer aux titres de propriété et aux effets de commerce ou aux branches du droit où des prescriptions spéciales s'appliquaient à l'enregistrement ou à la notarisation des écrits, par exemple les affaires familiales ou la vente de biens immeubles. A cet égard, l'attention a été appelée sur le fait que le projet d'article 8 pourrait fournir des orientations quant au sens à donner à l'"original" dans le contexte de l'autonomie des parties, mais qu'il devrait éviter de définir l'"original" aux fins de la loi impérative interne dans le cadre de laquelle un original pouvait être requis pour un certain nombre de raisons ne relevant pas du champ d'application des dispositions réglementaires types.

Paragraphe 1

Formule liminaire

"toute règle de droit"

113. D'emblée, le Groupe de travail a rappelé qu'il devait s'agir, dans ce projet d'article, de proposer un substitut aux prescriptions découlant des règles de droit en vigueur concernant l'utilisation d'originaux. L'accent ne devait donc pas être mis sur les prescriptions contractuelles ni sur les prescriptions fondées sur la coutume ou la pratique.

114. On a exprimé la crainte que l'expression "toute règle de droit" ne soit interprétée comme rendant le projet d'article 8 applicable aux prescriptions administratives. Pour dissiper cette crainte, il a été proposé d'employer une expression telle que "la loi exige" ou de limiter la portée du projet d'article à la branche du droit commercial. Il a toutefois été rappelé que le Groupe de travail avait décidé dans le cadre du projet d'article premier que, sans constituer la matière principale des dispositions réglementaires types, les prescriptions administratives ne devaient pas être exclues de leur champ d'application. A l'issue d'un débat, le Groupe de travail a décidé d'adopter l'expression "toute règle de droit".

"coutume ou pratique"

115. On a exprimé l'avis que, dans la logique de la décision prise dans le cadre des projets d'articles 6 et 7, il fallait supprimer la référence à la coutume ou à la pratique. On a déclaré que, dans nombre de pays, les règles issues de la coutume ou de la pratique étaient considérées soit comme contractuelles, par exemple lorsqu'elles étaient insérées expressément ou implicitement par les parties dans leurs clauses et conditions commerciales, soit comme revêtant le caractère d'une règle de droit, par exemple dans les cas où certains usages étaient reconnus comme sources de droit par les autorités de tutelle ou la jurisprudence.

116. En réponse, il a été souligné que souvent ce n'étaient pas uniquement les règles de droit, mais également la pratique ou la coutume qui exigeaient que l'information soit présentée sous sa forme originale. Par exemple, on a indiqué que, dans certains pays, les coutumes et pratiques des autorités portuaires avaient une valeur juridique en elles-mêmes, en l'absence de dispositions contractuelles ou légales, et que de tels usages pourraient constituer d'énormes obstacles à l'utilisation de l'EDI, obstacles que les dispositions réglementaires types devraient tenter de surmonter.

117. A l'issue d'un débat, le Groupe de travail a décidé, conformément à la décision qu'il avait prise de traiter principalement des prescriptions réglementaires dans le cadre du projet d'article 8, de supprimer du paragraphe la référence à la coutume ou à la pratique. Il a toutefois été estimé qu'il serait peut-être nécessaire de réexaminer les cas où les obstacles à l'utilisation de l'EDI résultaient des règles de la coutume ou de la pratique en matière d'utilisation d'originaux, une fois terminé l'examen du projet d'article dans son ensemble. Le Groupe de travail a pris note d'une proposition tendant à énoncer une clause distincte dans un article distinct ou dans le cadre de l'article 9 (voir ci-après, par. 134 à 138).

"expressément ou implicitement"

118. Il a été déclaré que, si l'exigence d'un original était le plus souvent expresse, il fallait envisager de manière plus explicite l'hypothèse où une règle de droit, sans exiger expressément l'utilisation d'un original, attachait certaines conséquences au défaut de présentation d'un original. On est convenu que le texte devrait être précisé sur ce point.

"sous leur forme originale"

119. Il a été proposé de remplacer l'expression "sous leur forme originale" par les mots "avec leur contenu original". On s'est opposé à cette proposition au motif que, dans la pratique, les litiges portaient tant sur la forme que sur le contenu des informations.

Alinéa a

120. On a exprimé l'avis que l'alinéa *a* était nécessaire pour poser le principe de l'autonomie des parties pour ce qui est de l'exigence d'un original. L'avis qui l'a emporté a toutefois été qu'il n'était nullement nécessaire de prévoir une disposition expresse pour valider les conventions privées en l'absence de prescriptions légales impératives, c'est-à-dire en l'absence d'obstacles juridiques à l'utilisation de l'EDI. Il a également été rappelé que le projet d'article 8, et le chapitre II de manière générale, portaient comme il se devait sur les prescriptions légales impératives et non sur les questions contractuelles, dont il devait être traité séparément dans le cadre du projet d'article 5 ou du chapitre III (voir plus haut, par. 76 et 78).

121. Des opinions divergentes ont été exprimées sur la manière dont la règle énoncée au projet d'article 8 jouerait par rapport au principe de l'autonomie des parties. Selon une opinion, le projet d'article 8 devait être considéré comme définissant la condition de forme minimale acceptable à laquelle un enregistrement de données devait satisfaire pour

pouvoir être considéré comme l'équivalent fonctionnel d'un original. On a indiqué qu'il ne devrait pas être loisible aux parties de déroger aux dispositions du projet d'article 8 pour les mêmes raisons qu'elles n'auraient pas la liberté d'écarter les règles impératives en vigueur que le projet d'article 8 viendrait remplacer (voir plus haut, par. 75). Il a donc été proposé de supprimer l'alinéa *a*. Selon une autre opinion, les dispositions énoncées au projet d'article 8, et au chapitre II en général, devraient servir à encourager l'utilisation de procédures convenues entre les parties. On a fait valoir en conséquence que l'accord des parties devait être le premier élément de la définition d'un équivalent fonctionnel de l'"original" et qu'il fallait maintenir l'alinéa *a*. On a toutefois généralement admis que, même si l'on devait considérer les stipulations contractuelles en vertu de l'alinéa *a* comme un élément de la définition légale de l'équivalent fonctionnel de l'"original", le principe de la relativité des contrats limiterait la portée de ces stipulations, ce qui ne pourrait avoir de répercussions sur les droits et obligations des tiers. On a donc reconnu que, selon toute vraisemblance, le maintien ou la suppression de l'alinéa *a* serait presque indifférent dans la pratique. A l'issue d'un débat, le Groupe de travail a décidé de supprimer l'alinéa *a*.

Variantes A et B

122. Les deux variantes ont eu leurs partisans. A l'appui de la variante A, il a été dit qu'elle énonçait un critère plus clair et plus simple et qu'elle avait l'avantage de souligner l'importance de l'intégrité de l'information pour son originalité. On a toutefois estimé qu'il faudrait sans doute préciser davantage la notion d'"intégrité" dans cette disposition. Il a été proposé d'insérer les références ci-après dans le texte de la variante A en tant qu'éléments à examiner pour apprécier l'intégrité : enregistrement systématique de l'information, assurance que l'information a été enregistrée sans lacune et protection des données contre toute altération. Il a par ailleurs été proposé d'expliciter la notion d'intégrité en insérant une référence à la notion d'"enregistrement", qui avait été examinée dans le cadre du projet d'article premier.

123. A l'appui de la variante B, on a dit qu'elle avait l'avantage de lier la notion d'originalité à une méthode d'authentification et de mettre à juste titre l'accent sur la méthode d'authentification à suivre pour satisfaire à l'exigence stipulée. On a également fait valoir qu'elle offrait la souplesse voulue en posant que, dans chaque cas d'espèce, la fiabilité de la méthode d'authentification serait appréciée par rapport aux circonstances. On a déclaré qu'il serait peut-être plus explicite de parler de la non-altération que d'invoquer la notion d'intégrité qui était vague, en particulier s'agissant de savoir si elle renvoyait à l'intégrité des données ou à l'intégrité de leur support. On s'est toutefois opposé à la référence à la notion d'"authentification" dans la variante B pour les motifs déjà avancés à l'occasion de l'examen du projet d'article 7 (voir plus haut, par. 104 et 105).

124. On s'est accordé à estimer qu'il fallait combiner les variantes A et B et que le texte qui en découlerait devrait contenir les éléments ci-après : un critère simple, par exemple l'intégrité; une description des éléments à prendre en compte pour apprécier l'intégrité; et un élément de souplesse, par exemple une référence aux circonstances.

125. On a suggéré qu'au lieu de tenter de définir l'originalité des enregistrements de données sur la base de considérations touchant aux supports papier, le projet d'article 8 devrait s'appliquer à définir la manière de satisfaire à l'exigence d'un original, car les enregistrements de données ne seraient jamais dans les faits l'équivalent de documents sur support papier. A cet égard, il a été suggéré de recourir à une formule sur le modèle suivant :

"Lorsque toute règle de droit exige un original, tout enregistrement de données est considéré comme satisfaisant à cette exigence lorsque :

"*a)* L'enregistrement de données constitue un "enregistrement" au sens de l'alinéa *f* de l'article 2; et

"*b)* L'intégrité de l'enregistrement a été préservé."

On pourrait envisager d'assortir la notion d'originalité des enregistrements de données de deux autres exigences facultatives, c'est-à-dire l'unicité de l'enregistrement de données et l'authentification dans le sens de la variante B.

126. Il a par ailleurs été suggéré de lier la notion d'originalité à l'idée que l'enregistrement de données puisse être montré. Il a également été suggéré d'insérer dans la disposition une référence à l'idée selon laquelle l'information originale doit être restée intacte entre le moment de son enregistrement original et celui où elle a été montrée. On a proposé le libellé suivant :

"Lorsque la loi exige que l'information soit présentée sous la forme d'un enregistrement original ou stipule certaines conséquences, si elle ne l'est pas, cette exigence est satisfaite relativement à l'information contenue dans un enregistrement de données :

"*a)* Si l'information est montrée à la personne à laquelle elle doit être présentée; et

"*b)* S'il existe une assurance fiable de l'intégrité de l'information entre le moment où elle a été enregistrée et celui où elle est montrée."

La référence au fait que l'information soit montrée a suscité une objection au motif qu'elle risquait d'établir un critère subjectif auquel il pourrait être satisfait ou non, suivant la volonté du destinataire. Pour répondre à cette critique, il a été proposé de remplacer le mot "montrée" par la formule suivante : "montrée sous une forme qui lui permette d'être accessible à des fins de référence dans les mêmes conditions qu'elle l'aurait été si elle avait été consignée dans un enregistrement original".

127. A l'issue d'un débat, le Groupe de travail est convenu de réviser le paragraphe 1 comme suit :

"1) Lorsque toute règle de droit exige que l'information soit présentée sous la forme d'un enregistrement original ou stipule certaines conséquences si elle ne l'est pas, cette exigence est satisfaite relativement à tout [enregistrement] de données contenues dans l'information pertinente :

"*a)* Si l'information est montrée à la personne à laquelle elle doit être présentée; et

"*b)* S'il existe une assurance fiable quant à l'intégrité de l'information entre le moment où l'initiateur a composé l'information sous sa forme définitive en tant que [enregistrement] de données ou enregistrement de tout autre type et le moment où l'information est montrée.

"2) S'il est soulevé une question quant à savoir s'il a été satisfait ou non à l'alinéa *b* du paragraphe 1 :

"*a)* Les critères utilisés pour apprécier l'intégrité consistent à savoir si l'information est restée complète et non altérée, mise à part l'addition de tout endossement; et

"*b)* La norme de fiabilité requise doit être appréciée compte tenu de la fin pour laquelle l'enregistrement pertinent a été effectué et de toutes les circonstances."

Paragraphe 2

128. Plusieurs opinions ont été exprimées à propos du paragraphe 2, qui prévoit qu'un État pourrait décider de ne pas appliquer le projet d'article 8 dans des situations données. Pendant la discussion, plusieurs remarques ont été faites, qui visaient non seulement le paragraphe 2 du projet d'article 8, mais également les dispositions analogues contenues dans le paragraphe 2 du projet d'article 6 et dans le paragraphe 2 du projet d'article 7 (voir plus haut, par. 96 et 109).

129. Selon une catégorie d'opinions, le paragraphe 2 devrait exclure expressément certains types de situations, compte tenu en particulier de l'objet de la condition de forme visée. On a dit qu'un tel type de situation pouvait se présenter dans le cas où était exigé un écrit destiné à informer ou avertir de l'existence de certains risques de droit ou de fait, par exemple l'obligation d'apposer un avertissement sur certains types de produits. On a proposé en ce sens le libellé suivant : "Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas lorsque la loi exige un "écrit" afin d'avertir l'expéditeur ou le destinataire de l'existence de risques de fait ou de droit."

130. On a proposé également de ne pas appliquer les dispositions de l'article 8 aux effets de commerce, aux titres de propriété et aux formalités requises conformément aux obligations d'un traité international auquel l'État concerné avait adhéré (par exemple, l'obligation d'établir les chèques par écrit conformément à la Convention portant loi uniforme sur les chèques conclue à Genève en 1931). On a expliqué, à la lumière de ces cas, que le libellé actuel manquait de clarté, car il pouvait donner à penser que l'État concerné se trouvait devant un choix lorsqu'il était placé devant certaines exigences qu'il était en réalité tenu de satisfaire en vertu de ses obligations internationales.

131. Selon une autre opinion, il n'était ni nécessaire ni indiqué, pour diverses raisons et malgré les inquiétudes exprimées, de prévoir des cas où les dispositions de l'article 8 ne s'appliqueraient pas, comme le faisait le paragraphe 2, à l'instar du paragraphe 2 de l'article 6 et du paragraphe 2 de l'article 7. Quant à la proposition tendant à exclure expressément les exigences conçues à des fins d'avertissement, on a dit que l'objet d'exigences réglementaires risquait souvent de ne pas être clair, ce qui accroîtrait la possibilité que des exigences conçues à des fins d'avertissement soient utilisées pour tourner les dispositions réglementaires types. On a dit également que les dispositions ayant trait à des questions comme les exigences conçues à des fins d'avertissement constituaient un domaine distinct du droit que l'on ne risquait guère de confondre avec l'objet limité des dispositions réglementaires types.

132. On a dit également, à l'encontre de l'exclusion, au paragraphe 2, des effets de commerce et des titres de propriété, qu'elle entraverait inutilement le développement de l'EDI, les dispositions réglementaires types représentant des approches et des principes tout à fait fondamentaux qui, à un degré ou un autre, trouveraient probablement à s'appliquer à ces cas. Du reste, il ne fallait pas exagérer l'importance des problèmes liés aux effets de commerce, valeurs et autres, car il était évident que les dispositions réglementaires types n'étaient pas conçues comme un ensemble complet de règles structurées et opérationnelles du type requis pour de tels instruments. On a également fait valoir qu'une exclusion générale, outre qu'elle préjugerait inutilement de questions dont le Groupe de travail serait probablement amené à aborder dans un proche avenir, ne tiendrait pas compte de l'évolution de la situation dans la pratique. A cet égard, on a signalé que l'EDI était utilisé, par exemple, pour certains types de récépissés d'entrepôt négociables. On a dit que si le Groupe de travail souhaitait exclure du champ d'application des projets d'articles 6, 7 et 8 certains types de situations ou de domaines du droit, il devrait fixer son attention sur ces types de situations et de domaines du droit que l'État concerné n'était pas habilité à modifier par le truchement d'une loi.

133. Selon l'opinion qui a prévalu, le paragraphe 2, tout comme les dispositions analogues des projets d'articles 6 et 7, devaient conserver pour l'essentiel leur libellé actuel, qui ne recommandait aucune exclusion particulière, mais se bornait à indiquer qu'il y avait là un choix à faire pour les États concernés. Une telle approche, qui reconnaîtrait que la question de la formulation d'exclusions spécifiques devrait être laissée aux États concernés, tiendrait mieux compte de la différence des situations nationales. Elle permettrait également d'éviter le risque qu'une énumération dans les dispositions réglementaires types contienne trop d'exclusions ou n'en contienne pas assez. En réponse à une proposition visant à insérer une note de bas de page pour attirer l'attention des législateurs sur certains domaines du droit ou certains types de situations qui pourraient être exclus du champ d'application des dispositions réglementaires types, on a estimé généralement que la question pourrait être traitée plus adéquatement dans un guide pour l'incorporation des dispositions réglementaires types dans le droit interne, guide qui pourrait être élaboré à un stade ultérieur.

Proposition d'une "règle par défaut"

134. A la fin du débat consacré au projet d'article 8, on a proposé d'insérer dans les dispositions réglementaires types une règle établissant l'équivalent fonctionnel d'un "original" dans les cas où aucune exigence contractuelle ou légale n'était applicable. On a dit qu'une telle règle, outre qu'elle traiterait de la coutume ou de la pratique (voir plus haut, par. 115 à 117), aurait l'avantage de fournir une règle "par défaut" qui compléterait les conditions des accords dans le cas où il y aurait des lacunes ou des omissions dans des stipulations contractuelles, comme des accords d'échanges ou des "règles des systèmes". On s'est demandé s'il était indiqué d'essayer de régir la coutume ou la pratique en recourant à un instrument réglementaire. Toutefois, la possibilité d'élaborer une règle par défaut pour compléter des contrats a suscité beaucoup d'intérêt.

135. On a proposé d'insérer un paragraphe distinct dans le projet d'article 8 ou de prévoir un article distinct libellé comme suit :

"En l'absence de tout accord exprès ou implicite et de toute règle de droit exigeant que l'information soit présentée sous la forme d'un document original, une information présentée sous la forme d'un [enregistrement] de données se voit accorder une force probante identique à celle accordée à l'information visée au paragraphe 1 *b* de l'article 8."

136. On a proposé une autre formulation, empruntant une tournure négative, à insérer dans le projet d'article 9 :

"En l'absence de tout accord exprès ou implicite et de toute règle de droit exigeant que l'information soit présentée sous la forme d'un document original, dans toute procédure judiciaire, une information présentée sous la forme d'un [enregistrement] de données ne peut se voir accorder moins de force probante au [seul] motif qu'elle n'est pas contenue dans un document original, s'il est satisfait au paragraphe 1 *b* de l'article 8."

137. On a indiqué à l'encontre de ces deux propositions qu'elles fournissaient des règles en vue d'évaluer la force probante des enregistrements de données. Il a été déclaré à cet égard que rien dans les dispositions réglementaires types ne devait limiter le droit des tribunaux de décider de la force probante à accorder à une information présentée autrement que sur un support papier. En réponse, on a fait valoir qu'un des objectifs visés par les dispositions réglementaires types était d'accroître la certitude, ce qui pouvait signifier donner des indications au juge des faits. On a fait observer que les libellés proposés ne modifieraient pas le principe énoncé au paragraphe 2 du projet d'article 9 selon lequel une information présentée sous la forme d'un [enregistrement] de données se voyait accorder "la force probante voulue".

138. Après un débat, le Groupe de travail a convenu que la question de l'élaboration d'une "règle par défaut" demandait un plus ample examen. Le Secrétariat a été prié d'envisager d'élaborer un projet de disposition tenant compte du débat résumé ci-dessus.

Article 9. Admissibilité et valeur probante des enregistrements de données

139. Les membres du Groupe de travail ont été d'accord dans l'ensemble sur les principes énoncés dans le projet d'article 9. Des avis divergents ont toutefois été exprimés sur le point de savoir quelle était la meilleure façon de les formuler.

140. Selon un avis, le projet d'article devrait être supprimé et les critères fondamentaux régissant l'admissibilité des enregistrements de données incorporés dans le projet d'article 6. Il a été dit que les projets d'articles 9 et 6 traitaient de la même question, à savoir les critères fondamentaux auxquels devaient répondre les enregistrements de données pour être assimilés à l'écrit. Il a été suggéré de supprimer d'autres éléments du projet d'article 9, à savoir : l'alinéa *a* du paragraphe 1, parce qu'il faisait double emploi avec le principe énoncé dans le projet d'article 5 *bis*, selon lequel les enregistrements de données ne devaient pas être considérés comme dénués de valeur juridique au simple motif qu'ils étaient sous forme électronique; les termes "meilleure preuve" figurant dans l'alinéa *b* du paragraphe 1, parce qu'ils n'avaient pas de sens dans certains systèmes juridiques; le paragraphe 2, parce que c'était énoncer une évidence de dire qu'un enregistrement de données se verrait accorder la force probante voulue. Il a été estimé que les divers facteurs énumérés dans la deuxième phrase du paragraphe 2 seraient plus à leur place dans un commentaire que dans le texte des dispositions réglementaires types.

141. Selon l'avis qui a prévalu, toutefois, le projet d'article 9 devrait être maintenu. Il a été dit que le paragraphe 1, qui prévoyait que les enregistrements de données ne devraient pas être rejetés en tant que moyens de preuve dans une procédure judiciaire au seul motif qu'ils étaient sous forme électronique, mettait bien l'accent sur le principe général énoncé dans le projet d'article 5 *bis* et qu'il était nécessaire pour le rendre expressément applicable à l'admissibilité en tant que moyen de preuve, domaine dans lequel des questions particulièrement complexes pourraient se poser dans certains systèmes juridiques. De plus, il a été généralement estimé que le paragraphe 2, qui donnait des indications utiles sur la façon d'évaluer la force probante des enregistrements de données (par exemple selon qu'ils ont ou non été créés, stockés ou communiqués de façon fiable), pourrait être considéré comme apportant une réserve appropriée au principe énoncé au paragraphe 1.

142. En ce qui concerne la formulation précise du projet d'article 9, plusieurs suggestions ont été faites. Selon l'une d'entre elles, il faudrait reformuler le paragraphe 1 pour lui donner une forme positive. En effet, le paragraphe avait pour objet de supprimer les obstacles à l'admissibilité des enregistrements de données dans les procédures judiciaires et il répondrait sans doute mieux à cet objet si le principe était exprimé en des termes positifs. Il a été suggéré aussi de supprimer le mot "simple" figurant dans les alinéas *a* et *b*, étant donné qu'en cas d'objection à l'admissibilité d'enregistrements de données, il pourrait être difficile de déterminer si l'objection était fondée sur le motif que l'enregistrement était sous forme électronique ou si d'autres motifs entraient en jeu. Il a été suggéré en outre d'ajouter un membre de phrase à la fin de la deuxième phrase du paragraphe 2 pour faire ressortir plus clairement que l'évaluation de la force probante des enregistrements de données pourrait être fondée sur tout facteur autre que ceux qui étaient indiqués au paragraphe 2. En ce qui concerne la suggestion tendant à supprimer la référence à la règle de la "meilleure preuve", le Groupe de travail a décidé de maintenir cette référence. Il a été reconnu que les termes "meilleure preuve" avaient un sens dans les systèmes juridiques de *common law* et leur étaient nécessaires. En outre, il a été fait observer que les pays dans lesquels ces termes n'avaient pas de sens pouvaient adopter les dispositions réglementaires types sans la référence à la règle de la "meilleure preuve".

143. A l'issue d'un débat, le Groupe de travail a adopté le texte du projet d'article 9, sous réserve de modifications de forme. Il a été décidé d'ajouter à la fin du paragraphe 2 des termes du genre "et tout autre facteur pertinent". Il a été décidé aussi de supprimer le mot "simple" des alinéas *a* et *b* du paragraphe 1.

Chapitre III. Communication [d'enregistrement] [de messages] de données

Article 10. Effets [d'enregistrements] [de messages] de données

144. Ne disposant plus que de peu de temps à la session en cours, le Groupe de travail n'a entrepris qu'un examen d'ensemble du projet d'article 10, appliquant les décisions prises à la vingt-septième session (A/CN.9/387, par. 110 à 132).

145. Il a été noté que le projet d'article 10, conformément au champ d'application prévu du chapitre III, traitait des effets de la communication d'enregistrements de données et n'était pas centré sur la création ni l'entretien d'enregistrements de données. On a estimé qu'il devrait en être tenu compte dans le titre du projet d'article 10, en mentionnant la communication d'enregistrements de données. Les autres suggestions qui ont été faites au sujet du titre du projet d'article 10 concernaient la mention d'"obligations contraignantes pour l'initiateur d'un enregistrement de données commerciales" et du "droit de révoquer des enregistrements de données".

146. En ce qui concerne le paragraphe 1, un certain nombre de propositions ont été faites. Selon l'une d'elles, il convenait de remplacer le mot "émis" par le mot "transmis", dans la mesure où l'on pouvait se demander si un enregistrement de données était "émis" au moment où il était créé ou au moment où il était communiqué. Une autre proposition tendait à insérer au début du paragraphe 1 la formule liminaire du paragraphe 2 "Pour ce qui est de la relation entre l'[expéditeur] [l'initiateur] et le destinataire", dans la mesure où la communication d'un enregistrement de données ne devrait produire effet qu'entre l'expéditeur et le destinataire et non pas à l'égard de tierces parties. Une autre proposition encore a été de supprimer la référence à une modification ou à la révocation. A l'appui de cette dernière proposition, il a été déclaré que si une telle référence était pertinente à l'article 5 de la Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux traitant des ordres de paiement et de leur révocation ou modification, dont s'inspirait le projet d'article 10, elle était inutile au projet d'article 10. Il a été expliqué qu'une révocation ou modification d'un enregistrement de données effectuée par des moyens électroniques constituerait un enregistrement de données couvert par les dispositions réglementaires types, tandis qu'une révocation ou une modification d'un enregistrement de données effectuée par d'autres moyens n'entrerait pas dans le champ d'application de ces dispositions.

147. On s'est inquiété de ce que les mots "est réputé avoir approuvé le contenu", figurant aux paragraphes 1, 3 et 5, risquent de constituer une charge excessive pour l'initiateur. Il a été déclaré que si un enregistrement de données était émis par l'initiateur, ou pour son compte, ces mots créaient la présomption irréfragable que l'initiateur avait approuvé la teneur de l'enregistrement tel qu'il avait été reçu. Pour éviter ce résultat inéquitable, il a été proposé de remplacer les mots "est réputé avoir approuvé" par les mots "est présumé avoir approuvé". En outre, on a jugé que la présomption ne devrait pas se référer à l'approbation de la "teneur" d'un enregistrement de données, mais plutôt à l'approbation de son "envoi" par l'initiateur.

148. On a fait valoir à l'encontre de cette proposition qu'une telle présomption irréfragable était conforme à l'objet des dispositions réglementaires types puisque les partenaires commerciaux pouvaient être dissuadés d'utiliser des moyens de communication électroniques si le destinataire ne pouvait se fier à l'enregistrement de données dans la forme où il était reçu. Il a été objecté en outre qu'une présomption irréfragable ne poserait aucun problème puisqu'en cas d'erreur dans l'enregistrement de données tel qu'il avait été reçu, le paragraphe 5 ou les règles de droit interne applicables à l'erreur s'appliqueraient. Il a été rappelé de surcroît que les mots "est réputé avoir approuvé" émanaient de la Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux et qu'à sa session précédente le Groupe de travail était convenu que la terminologie des dispositions réglementaires types devrait, dans la mesure du possible, être conforme à celle de la Loi type. Selon un avis, toutefois, les mots "est réputé avoir approuvé" ne devraient pas être interprétés comme établissant une présomption irréfragable, puisque le paragraphe 5 prévoyait que la présomption ne s'appliquerait pas en cas d'erreur.

149. Pour tenir compte des divers avis et préoccupations exprimés, il a été proposé que le paragraphe 1 soit reformulé de manière à créer une présomption irréfragable, pour ce qui est de savoir si l'expéditeur qui avait signé l'enregistrement de données serait réputé en avoir approuvé l'envoi, et une présomption irréfragable quant à savoir si l'expéditeur serait réputé avoir approuvé la teneur de l'enregistrement. Cette proposition a rencontré un certain appui.

150. Bien que l'on se soit généralement accordé à considérer que les paragraphes 1, 2 et 3 étaient utiles, on a pensé qu'ils devaient être simplifiés. Il a été déclaré que ces paragraphes devraient être axés sur l'attribution d'un enregistrement de données à l'initiateur dans le cas où l'enregistrement était effectivement transmis par l'initiateur lui-même, ou par l'intermédiaire d'un agent, ou encore dans le cas où le destinataire appliquait convenablement une méthode raisonnable d'authentification sur laquelle il s'était préalablement entendu avec l'initiateur. En ce qui concerne les paragraphes 2 et 3 *b*, on s'est inquiété du fait que le sens de la "vérification" qui y était mentionnée n'était pas clair. S'agissant du paragraphe 3 *b*, c'est le fait que dans la formulation actuelle, l'initiateur pouvait être lié au seul motif que le destinataire avait vérifié l'authentification au moyen d'une méthode raisonnable, même en l'absence de toute relation antérieure avec le destinataire, qui s'avérait préoccupant. En ce qui concerne le paragraphe 4, on s'est inquiété de savoir s'il risquait de permettre à la partie ayant un pouvoir de négociation prépondérant d'imposer à la partie la plus faible une méthode d'authentification déraisonnable. Il a été proposé de supprimer le paragraphe 4.

151. Divers avis ont été exprimés sur l'opportunité de conserver le paragraphe 5. A l'appui de son maintien, il a été déclaré qu'il était utile car il fournissait une certaine protection à l'initiateur en cas d'erreur dans la transmission d'un enregistrement de données. A l'appui de sa suppression, on a émis l'opinion que ce paragraphe ne présentait aucune utilité puisqu'il traitait essentiellement de la question de l'erreur, qu'il convenait d'aborder dans le cadre d'autres règles de droit applicables. Il a également été suggéré de reformuler le paragraphe 5 en termes de présomption.

152. Le paragraphe 6 a suscité un certain nombre de préoccupations. On a notamment estimé qu'il pouvait donner à tort l'impression qu'il était possible que les enregistrements de données n'aient aucun effet juridique par eux-mêmes. On s'est inquiété par ailleurs du fait que le paragraphe 6 n'indiquait pas clairement si les effets juridiques tenaient à la création ou à la communication d'un enregistrement de données. On a proposé de supprimer le paragraphe 6, ou de le modifier s'il était décidé de le conserver.

153. A l'issue d'un débat, le Groupe de travail a demandé au Secrétariat d'établir un projet révisé d'article 10 en tenant compte des diverses vues et préoccupations qui avaient été exprimées.

III. TRAVAUX FUTURS

154. Le Groupe de travail s'est livré à un échange de vues préliminaire sur le point de savoir si d'autres questions juridiques liées à l'utilisation accrue de l'EDI et des moyens connexes de communication de données devraient être portées à l'attention de la Commission et retenues pour des travaux futurs, une fois élaborées les dispositions réglementaires types.

155. Selon une opinion, les aspects juridiques de la négociabilité ou de la cessibilité de droits sur des marchandises dans un contexte électronique étaient des questions importantes à envisager dans le cadre de la mise au point de règles destinées à faciliter la croissance des échanges mondiaux par le truchement du commerce électronique. On a indiqué que de telles règles devraient être axées sur les questions ci-après : les moyens à mettre en œuvre pour obtenir la reconnaissance en droit d'accords portant sur la négociabilité ou la cessibilité, la nécessité de prévoir des règles s'appliquant "par défaut" pour la répartition des risques entre les parties, et la nécessité d'organiser la tenue de registres pour garantir l'intégrité des transferts. On a proposé d'axer ce projet sur l'élaboration de ce qui serait l'équivalent fonctionnel d'un connaissement négociable ou d'envisager la possibilité de mettre au point un nouveau type de titre de propriété. Cette proposition a recueilli un large appui.

156. Selon une autre opinion, il était particulièrement indiqué d'adopter une approche plus large de la question de la cessibilité, de manière à inclure non seulement le transfert de droits sur des marchandises, mais aussi le transfert de droits sur des valeurs comme les actions et les titres. Cette proposition a bénéficié d'un certain soutien. On a dit que nombre de questions juridiques relatives à la cessibilité des droits se présenterait vraisemblablement de manière identique, que les droits cédés concernent des marchandises ou des valeurs. On a cependant fait observer que les marchés des valeurs étaient strictement réglementés sur le plan national. En outre, on a indiqué que de nombreux pays avaient mis au point ou s'apprêtaient à mettre au point des systèmes nationaux applicables à l'échange de valeurs dématérialisées. Pour ces raisons, il risquait d'être très difficile de réaliser l'uniformité dans ce domaine.

157. Selon l'opinion qui a prévalu, la Commission devrait entreprendre d'élaborer une loi uniforme sur la question de la négociabilité dans un contexte électronique. On a estimé généralement qu'il ne fallait pas limiter la portée d'une telle loi uniforme au transfert de droits sur des marchandises et qu'il faudrait peut-être prendre en considération certaines questions ayant trait à des valeurs dématérialisées. On a estimé également que le moment n'était pas encore venu de mettre au point un régime uniforme pour l'échange de valeurs sur le plan international. On a convenu généralement qu'il faudrait se préoccuper dans le projet futur de la question de la tenue de registres et de la possibilité d'organiser l'enregistrement et le transfert de droits au niveau international.

158. Après un débat, le Groupe de travail a adopté une recommandation dans laquelle il demandait à la Commission d'autoriser le Groupe de travail à entreprendre à titre préliminaire des travaux sur ce projet, sitôt qu'il aurait mis la dernière main aux dispositions réglementaires types.

159. On a proposé aussi, comme questions pouvant faire l'objet de travaux futurs, que la Commission examine la question de la responsabilité des réseaux et, plus généralement, les questions juridiques qui se posaient dans le contexte des relations entre les utilisateurs de l'EDI et les prestataires de services. Cette proposition a recueilli un certain appui, mais on a estimé que le moment n'était peut-être pas encore venu d'entamer des travaux sur ces sujets.

160. On a encore proposé que la Commission entreprenne de mettre au point un accord de communication type qui s'appliquerait facultativement entre les utilisateurs de l'EDI. Toutefois, on a rappelé que d'autres organisations, en particulier les Communautés européennes et la Commission économique pour l'Europe, étaient en train de mettre au point de tels accords de communication types. On a rappelé par la même occasion que la Commission avait réaffirmé, à sa vingt-sixième session, sa décision antérieure de n'entreprendre l'examen de la question qu'au moment où les textes d'accords de communication types en voie d'élaboration dans ces organisations seraient disponibles et pourraient être examinés par la Commission.

161. Le Groupe de travail a décidé, sous réserve d'approbation par la Commission, de tenir sa vingt-huitième session à Vienne, du 3 au 14 octobre 1994.

D. Document de travail soumis au Groupe de travail sur les échanges de données informatisées à sa vingt-septième session : articles révisés du projet de règles uniformes sur les aspects juridiques de l'échange de données informatisées (EDI) et des moyens connexes de communication des données : note du Secrétariat

(A/CN.9/WG.IV/WP.60)

TABLE DES MATIÈRES

		Pages
INTRODUCTION		216
PROJET DE RÈGLES UNIFORMES SUR LES ASPECTS JURIDIQUES DE L'ÉCHANGE DE DONNÉES INFORMATISÉES (EDI) ET DES MOYENS CONNEXES DE COMMUNICATION DES DONNÉES		217
CHAPITRE PREMIER.	DISPOSITIONS GÉNÉRALES	217
Article 1er.	Champ d'application	217
Article 2.	Définitions	217
Article 3.	Interprétation des Règles uniformes	217
Article 4.	[Supprimé]	218
[Article 5.	Dérogation conventionnelle]	218
CHAPITRE II.	CONDITIONS DE FORME	218
[Article 5 *bis*]		218
Article 6.	Équivalent fonctionnel de l'"écrit"	218
Article 7.	Équivalent fonctionnel de la "signature"	218
Article 8.	Équivalent fonctionnel d'un "original"	219
Article 9.	Admissibilité et valeur probante des [enregistrements] [messages] de données	219
CHAPITRE III.	COMMUNICATION [D'ENREGISTREMENTS] [DE MESSAGES] DE DONNÉES	219
Article 10.	Effets des [enregistrements] [messages] de données	219
Article 11.	Accusé de réception	220
Article 12.	Formation des contrats	220
Article 13.	Moment et lieu de la réception d'un [enregistrement] [message] de données	220
Article 14.	Stockage des [enregistrements] [messages] de données	221
[Article 15.	Responsabilité]	221

INTRODUCTION

1. A sa vingt-cinquième session, en 1992, la Commission a examiné les aspects juridiques de l'échange de données informatisées (EDI) et a confié au Groupe de travail des paiements internationaux, qu'elle a rebaptisé Groupe de travail sur les échanges de données informatisées, le soin d'élaborer des règles juridiques relatives à l'EDI[1].

2. Le Groupe de travail a entrepris en premier lieu, à sa vingt-cinquième session, d'examiner un certain nombre de questions juridiques présentées dans une note établie par le Secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.55). Il a convenu qu'il partirait de l'hypothèse que les règles uniformes prendraient la forme de dispositions légales. Il a toutefois différé sa décision finale quant à la forme concrète que ces dispositions légales devraient revêtir (A/CN.9/373, par. 34). A la fin de la session, le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'élaborer des projets de dispositions, avec différentes variantes fondées sur les délibérations et décisions du Groupe de travail durant la session, qu'il examinerait à sa session suivante (A/CN.9/373, par. 10).

3. A sa vingt-sixième session, en 1993, la Commission a examiné le rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa vingt-cinquième session (A/CN.9/373). Elle a noté que le Groupe de travail avait commencé d'examiner la teneur d'une loi uniforme sur l'EDI et elle a exprimé l'espoir que l'élaboration de ce texte avance rapidement[2].

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-septième session, Supplément n° 17* (A/47/17), par. 140 à 148.

[2] *Ibid., Quarante-huitième session, Supplément n° 17* (A/48/17), par. 263 à 268.

4. A sa vingt-sixième session, le Groupe de travail a examiné un premier projet de règles uniformes sur les aspects juridiques de l'échange de données informatisées et des moyens connexes de communication de données commerciales établi par le Secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.57) et une proposition de la délégation du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (A/CN.9/WG.IV/WP.58). Le Secrétariat a été prié d'élaborer un projet révisé de règles uniformes sur la base des délibérations et décisions du Groupe de travail (A/CN.9/387, par. 14).

5. On trouvera dans la présente note les articles révisés des règles uniformes. Les ajouts et modifications par rapport au texte précédent sont en italique. On notera que, conformément aux instructions récentes visant un contrôle et une limitation plus stricts de la documentation des Nations Unies, aucune remarque explicative n'accompagne les projets de dispositions. Il est donc fait référence aux sections pertinentes du rapport du Groupe de travail (A/CN.9/387); des explications seront données oralement durant la session du Groupe de travail.

PROJET DE RÈGLES UNIFORMES SUR LES ASPECTS JURIDIQUES DE L'ÉCHANGE DE DONNÉES INFORMATISÉES (EDI) ET DES MOYENS CONNEXES DE COMMUNICATION DES DONNÉES

Chapitre premier. Dispositions générales*

Article premier. *Champ d'application***

Les présentes Règles s'appliquent aux informations [commerciales et administratives] revêtant la forme d'un [enregistrement] [message] de données. Elles ne s'appliquent pas aux informations sous forme purement verbale ou purement [documentaire] [écrite]. Sauf disposition contraire des présentes Règles, celles-ci ne s'appliquent pas à la substance des informations.

Note relative au chapitre premier

**Variante A* : Les présentes Règles ne traitent pas des questions relatives à la protection des consommateurs.

Variante B : Les présentes Règles ne se substituent à aucune règle de droit visant à protéger les consommateurs.

Variante C : Les présentes Règles ne visent pas les opérations de consommateurs. Elles sont soumises à toute règle de droit visant à protéger les consommateurs.

Variante D : Les présentes Règles ne s'appliquent pas aux opérations de consommateurs.

Note relative à l'article premier

***La Commission propose le texte suivant aux États qui souhaiteraient limiter l'applicabilité des présentes Règles aux [[enregistrements] [messages] de données] internationaux :*

Les présentes Règles s'appliquent à un [enregistrement] [message] de données tel qu'il est défini à l'article 2, lorsque ledit [enregistrement] [message] se rattache à des intérêts commerciaux internationaux.

Références

A/CN.9/387, par. 15 à 28 (vingt-sixième session, 1993)
A/CN.9/WG.IV/WP.57, article premier
A/CN.9/373, par. 21 à 26 et 29 à 33 (vingt-cinquième session, 1993)
A/CN.9/WG.IV/WP.55, par. 7 à 20
A/CN.9/360, par. 29 à 31 (vingt-quatrième session, 1992)
A/CN.9/WG.IV/WP.53, par. 25 à 33

Article 2. *Définitions*

Aux fins des présentes Règles :

a) Le terme "[enregistrement] [message] de données" désigne une information créée, stockée ou communiquée par des moyens électroniques ou optiques ou par des moyens analogues, y compris l'échange de données informatisées (EDI), le télégraphe, le télex ou la télécopie;

b) Le terme "échange de données informatisées (EDI)" désigne la transmission par ordinateur de données structurées entre des systèmes informatiques indépendants;

c) Le terme "[expéditeur] [initiateur]" désigne toute personne autre qu'une personne s'acquittant de fonctions d'intermédiaire, au nom de laquelle un [enregistrement] [message] de données régi par les présentes Règles est présumé avoir été créé, stocké ou communiqué;

d) Le terme "destinataire" désigne toute personne autre qu'une personne s'acquittant des fonctions d'intermédiaire, qui est supposée en dernier lieu [recevoir] [être l'utilisateur final d'] un [enregistrement] [message] de données régi par les présentes Règles;

e) Le terme "intermédiaire" désigne *toute personne qui*, dans le cadre ordinaire de ses activités commerciales, s'emploie à recevoir *des [enregistrements] [messages] de données* régis par les présentes Règles et à faire parvenir de tels *[enregistrements] [messages] de données* à leur destinaire *ou à d'autres intermédiaires*. [Un intermédiaire peut, *en outre*, exercer des fonctions telles que *notamment*, le formatage, la traduction, *l'enregistrement, la préservation* et le stockage *[d'enregistrements] [de messages] de données*.

[f) Le terme *"enregistrement"*

Variante A : , se rattachant à tout mode par lequel l'information est préservée pour référence ultérieure, désigne la forme sous laquelle cette information est préservée.

Variante B : désigne une représentation de données susceptible d'être reproduite ultérieurement avec précision.]

Références

A/CN.9/387, par. 29 à 52 (vingt-sixième session, 1993)
A/CN.9/WG.IV/WP.57, article 2
A/CN.9/373, par. 11 à 20, 26 à 28, et 35 et 36 (vingt-cinquième session, 1993)
A/CN.9/WG.IV/WP.55, par. 23 à 26

Article 3. *Interprétation des Règles uniformes*

1. Pour l'interprétation des présentes Règles, il sera tenu compte de leur caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de leur application et d'assurer le respect de la bonne foi [dans le commerce international].

[2. Les questions concernant les matières régies par les présentes Règles et qui ne sont pas expressément tran-

chées par elles seront réglées selon les principes généraux dont elles s'inspirent, ou à défaut de tels principes, conformément à la loi applicable en vertu des règles du droit international privé.]

Références

A/CN.9/387, par. 53 à 58 (vingt-sixième session, 1993)
A/CN.9/WG.IV/WP.57, article 3
A/CN.9/373, par. 38 à 42 (vingt-cinquième session, 1993)
A/CN.9/WG.IV/WP.55, par. 30 et 31

Article 4.

[Supprimé]

Références

A/CN.9/387, par. 59 à 61 (vingt-sixième session, 1993)
A/CN.9/WG.IV/WP.57, article 4
A/CN.9/373, par. 38 à 42 (vingt-cinquième session, 1993)
A/CN.9/WG.IV/WP.55, par. 30 et 31

[Article 5. *Dérogation conventionnelle*

Sauf disposition contraire des présentes Règles, l'*[expéditeur] [initiateur]* et le destinataire d'un *[enregistrement] [message] de données* peuvent convenir de modifier leurs droits et obligations découlant des présentes Règles.]

Références

A/CN.9/387, par. 62 à 65 (vingt-sixième session, 1993)
A/CN.9/WG.IV/WP.57, article 5
A/CN.9/373, par. 37 (vingt-cinquième session, 1993)
A/CN.9/WG.IV/WP.55, par. 27 à 29

Chapitre II. Conditions de forme

[Article 5 *bis*.

La valeur légale, la validité ou la force exécutoire d'un [enregistrement] [message] de données ne sont pas refusées au motif que l'information qu'il contient doit être enregistrée sous forme [écrite] [documentaire] ou présentée sous sa forme originale.]

Référence

A/CN.9/387, par. 93 et 94 (vingt-sixième session, 1993)

Article 6. *Équivalent fonctionnel de l'"écrit"*

1. *Variante A :* Aux fins de toute règle de droit, *coutume ou pratique* qui exige expressément ou implicitement que certaines informations soient enregistrées ou présentées sous forme écrite, *ou qui suppose l'existence d'un écrit, une information sous la forme d'un [enregistrement] [message] de données est conforme à cette exigence si* :

a) cette information peut être reproduite sous une forme visible et intelligible *[lisible, interprétable]*; et

b) cette information est archivée.

Variante B : Lorsque toute règle de droit, coutume ou pratique exige expressément ou implicitement que des informations soient enregistrées ou présentées par écrit, ou prévoit certaines conséquences selon que les informations sont ou non enregistrées ou présentées par écrit,

a) *toute exigence ou condition de cet ordre quant à l'enregistrement par écrit est satisfaite si un enregistrement est créé donnant la possibilité de présenter ultérieurement l'information en question, sous une forme permettant de s'y référer comme si cette information avait été enregistrée par écrit; et*

b) *toute exigence ou condition de cet ordre quant à la présentation d'informations par écrit est satisfaite si l'information en question est enregistrée conformément à l'alinéa a ci-dessus et présentée sous une forme sous laquelle elle peut être visualisée par la personne à laquelle elle doit être présentée, ou si elle est immédiatement accessible à cette personne pour référence.*

[2. Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas dans les situations suivantes : [...].]

Références

A/CN.9/387, par. 66 à 80 (vingt-sixième session, 1993)
A/CN.9/WG.IV/WP.57, article 6
A/CN.9/WG.IV/WP.58, annexe
A/CN.9/373, par. 45 à 61 (vingt-cinquième session, 1993)
A/CN.9/WG.IV/WP.55, par. 39 à 49
A/CN.9/360, par. 32 à 43 (vingt-quatrième session, 1992)
A/CN.9/WG.IV/WP.53, par. 37 à 45
A/CN.9/350, par. 68 à 78
A/CN.9/333, par. 20 à 28

Article 7. *Équivalent fonctionnel de la "signature"*

1. Lorsque toute règle de droit, coutume ou pratique exige expressément ou implicitement qu'une information soit signée, une telle exigence est satisfaite

[a) *si une méthode [d'authentification] indiquant par qui [l'enregistrement] [le message] de données a été créé et précisant que cette personne a approuvé l'information qu'il contient a été convenue entre l'[expéditeur] [initiateur] et le destinataire [de l'enregistrement] [du message] de données et si ladite méthode a été utilisée; ou]*

b) *si une méthode [d'authentification] est utilisée pour indiquer par qui [l'enregistrement] [le message] de données a été créé ou communiqué et indique que cette personne a approuvé l'information qu'il contient; et*

c) *si cette méthode était aussi fiable qu'il était [techniquement] approprié au vu de l'objet pour lequel [l'enregistrement] [le message] de données a été créé ou communiqué, compte tenu de toutes les circonstances, y compris [tout accord entre l'[expéditeur] [initiateur] et le destinataire [de l'enregistrement] [du message] de données et] tout usage commercial pertinent.*

[2. Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas aux situations suivantes : [...].]

Références :

A/CN.9/387, par. 81 à 90 (vingt-sixième session, 1993)
A/CN.9/WG.IV/WP.57, article 7
A/CN.9/WG.IV/WP.58, annexe

A/CN.9/373, par. 63 à 76 (vingt-cinquième session, 1993)
A/CN.9/WG.IV/WP.55, par. 50 à 63
A/CN.9/360, par. 71 à 75 (vingt-quatrième session, 1992)
A/CN.9/WG.IV/WP.53, par. 61 à 66
A/CN.9/350, par. 86 à 89
A/CN.9/333, par. 50 à 59
A/CN.9/265, par. 49 à 58

Article 8. *Équivalent fonctionnel d'un "original"*

1. Lorsque *toute règle de droit, coutume ou pratique exige expressément ou implicitement que certaines informations* soient présentées sous leur forme originale, cette exigence est satisfaite par la présentation d'un *[enregistrement] [message] de données* ou d'une sortie d'imprimante dudit *[enregistrement] [message] de données*

[a) *si l'[expéditeur] [initiateur]* et le destinataire *[de l'enregistrement] [du message] de données* sont expressément convenus que *[l'enregistrement] [le message] de données* serait considéré comme équivalant à un document original sur papier; ou]

Variante A : b) s'il existe une assurance fiable de l'intégrité *de l'information présentée sous la forme d'un [enregistrement] [message] de données.*

Variante B : b) *si une méthode [d'authentification] est utilisée pour garantir que l'information présentée n'a pas été modifiée; et*

c) *si cette méthode était aussi fiable qu'il était [techniquement] approprié au vu de l'objet pour lequel [l'enregistrement] [le message] de données a été créé ou communiqué, compte tenu de toutes les circonstances, y compris [tout accord entre l'[expéditeur] [initiateur] et le destinataire [de l'enregistrement] [du message] de données et] tout usage commercial pertinent.*

[2. Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas aux situations suivantes : [...].]

Références

A/CN.9/387, par. 91 à 97 (vingt-sixième session, 1993)
A/CN.9/WG.IV/WP.57, article 8
A/CN.9/WG.IV/WP.58, annexe
A/CN.9/373, par. 77 à 91 (vingt-cinquième session, 1993)
A/CN.9/WG.IV/WP.55, par. 64 à 70
A/CN.9/360, par. 60 à 70 (vingt-quatrième session, 1992)
A/CN.9/WG.IV/WP.53, par. 56 à 60
A/CN.9/350, par. 84 et 85
A/CN.9/265, par. 43 à 48

Article 9. *Admissibilité et valeur probante des [enregistrements] [messages] de données*

1. Dans toute procédure judiciaire, aucune disposition, dans l'application des règles de preuve, ne sera appliquée afin d'empêcher l'admission en preuve d'un *[enregistrement] [message] de données*

a) *au simple motif qu'il s'agit d'un [enregistrement] [message] de données; ou,*

b) *s'il s'agit de la meilleure preuve que la personne qui la présente peut raisonnablement escompter obtenir, au simple motif qu'il ne s'agit pas d'un document original.*

2. *Une information présentée sous la forme d'un [enregistrement] [message] de données se voit accorder la force probante voulue. Lors de l'évaluation de la force probante d'un [enregistrement] [message] de données, il est tenu compte de la fiabilité du mode de création, de stockage ou de communication [de l'enregistrement] [du message] de données et, le cas échéant, de la fiabilité de son mode d'authentification.*

Références

A/CN.9/387, par. 98 à 109 (vingt-sixième session, 1993)
A/CN.9/WG.IV/WP.57, article 9
A/CN.9/WG.IV/WP.58, annexe
A/CN.9/373, par. 97 à 102 (vingt-cinquième session, 1993)
A/CN.9/WG.IV/WP.55, par. 71 à 81
A/CN.9/360, par. 44 à 59 (vingt-quatrième session, 1992)
A/CN.9/WG.IV/WP.53, par. 46 à 55
A/CN.9/350, par. 79 à 83
A/CN.9/333, par. 29 à 41
A/CN.9/265, par. 27 à 48

Chapitre III. Communication [d'enregistrements] [de messages] de données

Article 10. *Effets des [enregistrements] [messages] de données*

1. *L'[expéditeur] [initiateur]* est réputé avoir approuvé le contenu d'un *[enregistrement] [message] de données* [ou une modification ou la révocation d'un *[enregistrement] [message] de données]* s'il a été émis par l'*[expéditeur] [initiateur]* ou par toute autre personne qui avait le pouvoir d'*agir au nom de l'[expéditeur] [initiateur] pour ce qui est [de l'enregistrement] [du message] de données.*

[2. *Pour ce qui est de la relation entre l'[expéditeur] [initiateur] et le destinataire, un [enregistrement] [message] de données est réputé émaner de l'[expéditeur] [initiateur] si le destinataire a appliqué de la manière appropriée une procédure précédemment convenue avec l'[expéditeur] [initiateur], afin de s'assurer que [l'enregistrement] [le message] de données émanait de ce dernier.]*

[3. *Un [expéditeur] [initiateur] qui n'est pas réputé avoir approuvé [l'enregistrement] [le message] de données en vertu du paragraphe 1 ou 2 est réputé l'avoir fait en vertu du présent paragraphe :*

a) *si [l'enregistrement] [le message] de données tel qu'il a été reçu par le destinataire résulte d'actions d'une personne dont la relation avec l'[expéditeur] [initiateur] ou avec tout agent de l'[expéditeur] [initiateur] lui a permis d'avoir accès à la procédure d'authentification de l'[expéditeur] [initiateur]; ou*

b) *si le destinataire a vérifié l'authentification par une méthode qui est raisonnable compte tenu de toutes les circonstances.]*

[4. L'*[expéditeur] [initiateur]* et le destinataire d'un *[enregistrement] [message] de données* sont autorisés à

convenir *que le destinataire peut être réputé avoir approuvé [l'enregistrement] [le message] de données* même si l'authentification n'est pas [commercialement] raisonnable compte tenu des circonstances.]

5. *Lorsque l'[expéditeur] [initiateur] est réputé avoir approuvé la teneur d'un [enregistrement] [message] de données en vertu du présent article, il est réputé avoir approuvé la teneur du message tel qu'il a été reçu par le destinataire. Toutefois, lorsqu'un [enregistrement] [message] de données comporte une erreur, ou reprend l'erreur d'un [enregistrement] [message] précédent, l'[expéditeur] [initiateur] n'est pas réputé avoir approuvé la teneur [de l'enregistrement] [du message] de données en vertu du présent article, dans la mesure où ledit [enregistrement] [message] de données était erroné, si le destinataire avait connaissance de l'erreur ou si l'erreur lui serait apparue s'il avait exercé un soin raisonnable ou appliqué toute procédure convenue de vérification.*

[Le paragraphe 5 s'applique aux erreurs ou anomalies dans un message de modification ou de révocation au même titre qu'aux erreurs ou anomalies dans un *[enregistrement] [message] de données.*]

[6. *Le fait qu'un [enregistrement] [message] de données est réputé produire effet en tant qu'[enregistrement] [message] de l'[expéditeur] [initiateur] ne lui confère pas de signification juridique.*]

Références

A/CN.9/387, par. 110 à 132 (vingt-sixième session, 1993)
A/CN.9/WG.IV/WP.57, article 10
A/CN.9/373, par. 109 à 115 (vingt-cinquième session, 1993)
A/CN.9/WG.IV/WP.55, par. 82 à 86

Article 11. *Accusé de réception*

1. *Lorsque, au moment de l'expédition d'un [message] de données, ou avant cette expédition, ou au moyen dudit [message] de données, l'[expéditeur] [initiateur] a demandé un accusé de réception, mais n'a pas demandé que l'accusé de réception prenne une forme particulière, une telle demande peut être satisfaite par toute communication ou tout acte du destinataire suffisant pour indiquer à l'[expéditeur] [initiateur] que le [message] a été reçu.*

2. *Si, lors de la transmission d'un [message] de données, ou avant cette transmission, ou au moyen dudit [message], l'[expéditeur] [initiateur] a demandé un accusé de réception [et indiqué que le [message] de données sera sans effet tant que l'accusé de réception n'aura pas été reçu], le destinataire ne peut se fonder sur le [message], pour toute raison pour laquelle il pourrait souhaiter le faire, tant que l'[expéditeur] [initiateur] n'a pas reçu un accusé de réception.*

3. Si l'*[expéditeur] [initiateur]* ne reçoit pas d'accusé de réception dans le délai [convenu, demandé ou dans un délai raisonnable], il peut, sur prompte notification adressée au destinataire à cet effet, *considérer* que le [message] *n'a jamais été reçu.*

4. Un accusé de *réception*, lorsqu'il a été reçu par l'*[expéditeur] [initiateur]* constitue une [preuve concluante] [présomption de preuve] que le [message] de données visé a été reçu et, si confirmation de la syntaxe a été requise, que le [message] de données était à cet égard correct. La question de savoir si un accusé de réception fonctionnel a d'autres effets juridiques ne relève pas des présentes Règles.

Références

A/CN.9/387, par. 133 à 144 (vingt-sixième session, 1993)
A/CN.9/WG.IV/WP.57, article 11
A/CN.9/373, par. 116 à 122 (vingt-cinquième session, 1993)
A/CN.9/WG.IV/WP.55, par. 87 à 93
A/CN.9/360, par. 125 (vingt-quatrième session, 1992)
A/CN.9/WG.IV/WP.53, par. 80 et 81
A/CN.9/350, par. 92
A/CN.9/333, par. 48 et 49

Article 12. *Formation des contrats*

1. *Dans le contexte de la formation des contrats, sauf convention contraire des parties, une offre et l'acceptation d'une offre peuvent être exprimées au moyen d'un [enregistrement] [message] de données. Lorsqu'un contrat est formé au moyen d'un tel [enregistrement] [message] de données, sa validité ou sa force exécutoire ne seront pas refusées pour le seul motif qu'il a été conclu de la sorte.*

[2. Un contrat conclu au moyen d'un *[enregistrement] [message] de données* est formé au moment [et au lieu] où *[l'enregistrement] [le message] de données* constituant l'acceptation d'une offre est reçu par *son destinataire ou réputé avoir été reçu en vertu de l'article 13.*]

Références

A/CN.9/387, par. 145 à 151 (vingt-sixième session, 1993)
A/CN.9/WG.IV/WP.57, article 12
A/CN.9/373, par. 126 à 133 (vingt-cinquième session, 1993)
A/CN.9/WG.IV/WP.55, par. 95 à 108
A/CN.9/360, par. 76 à 95 (vingt-quatrième session, 1992)
A/CN.9/WG.IV/WP.53, par. 67 à 78
A/CN.9/350, par. 93 à 108
A/CN.9/333, par. 60 à 75

Article 13. *Moment et lieu de la réception d'un [enregistrement] [message] de données*

1. Sauf convention contraire entre l'[expéditeur] [initiateur] et le destinataire d'un [enregistrement] [message] de données et [sauf disposition contraire de toute autre loi applicable], un [enregistrement] [message] de données est réputé avoir été reçu par son destinataire

a) *[sous réserve des dispositions de l'alinéa* b *du présent article,] au moment où [l'enregistrement] [le message] de données est saisi par le système d'information du destinataire, ou désigné par le destinataire, de manière qu'il puisse être retiré par ce dernier, ou lorsque [l'enregistrement] [le message] de données aurait été saisi par le système d'information du destinataire et aurait pu être retiré si ledit système avait fonctionné correctement.*

(b) *si [l'enregistrement] [le message] de données est sous une forme exigeant une traduction, un décodage ou tout autre traitement pour être intelligible au destinataire, au moment où ce traitement est achevé ou au moment où l'on pourrait raisonnablement escompter que ce traitement soit achevé.]*

2. *Sauf convention contraire entre l'[expéditeur] [initiateur] et le destinataire d'un [enregistrement] [message] de données et [sauf disposition contraire de toute autre loi applicable], un [enregistrement] [message] de données est réputé avoir été reçu par son destinataire* au lieu où il a son établissement; *lorsque le destinataire a plus d'un établissement, [l'enregistrement] [le message] de données est réputé avoir été reçu dans l'établissement ayant la relation la plus étroite avec la teneur [de l'enregistrement] [du message] de données.*

Références

A/CN.9/387, par. 152 à 163 (vingt-sixième session, 1993)
A/CN.9/WG.IV/WP.57, article 13
A/CN.9/373, par. 134 à 146 (vingt-cinquième session, 1993)
A/CN.9/WG.IV/WP.55, par. 95 à 108
A/CN.9/360, par. 76 à 95 (vingt-quatrième session, 1992)
A/CN.9/WG.IV/WP.53, par. 67 à 78
A/CN.9/350, par. 93 à 108
A/CN.9/333, par. 60 à 75

Article 14. *Stockage des [enregistrements] [messages] de données*

1. Lorsque *la loi requiert que certaines informations soient archivées*, cette exigence est satisfaite si *l'information* est conservée sous forme d'*[enregistrement] [message] de données*, sous réserve que les conditions énoncées aux paragraphes 2 et 3 du présent article soient remplies.

[2. *Les [enregistrements] [messages] de données* sont stockés *sans modification* par l'*[expéditeur] [initiateur]* dans la forme dans laquelle ils ont été transmis et par le *destinataire* dans la forme dans laquelle ils ont été reçus.]

[3. *Les [enregistrements] [messages] de données* seront facilement accessibles et pourront être reproduits sous une forme lisible, et le cas échéant, imprimés. Tout matériel opérationnel requis à cette fin sera *mis à disposition par la personne stockant les informations sous la forme [d'enregistrements] [de messages] de données.*

Références

A/CN.9/387, par. 164 à 168 (vingt-sixième session, 1993)
A/CN.9/WG.IV/WP.57, article 14
A/CN.9/373, par. 123 à 125 (vingt-cinquième session, 1993)
A/CN.9/WG.IV/WP.55, par. 94

[Article 15. *Responsabilité*

1. Dans le cas où une des parties n'observe pas une des dispositions énoncées dans les règles uniformes, cette partie sera responsable des dommages résultant directement de sa défaillance, à moins qu'elle n'ait subi un empêchement du fait de circonstances échappant à son contrôle et dont on ne pouvait raisonnablement escompter qu'elles seraient prises en compte au moment où ladite partie a commencé à envoyer et à recevoir des *[enregistrements] [messages] de données*, ou dont les conséquences ne pouvaient être évitées ou surmontées.

2. Si une partie engage un intermédiaire pour s'acquitter de services tels que la transmission, la consignation ou le traitement d'un *[enregistrement] [messages] de données*, cette partie est responsable des dommages résultant directement des actes, défaillances ou omissions dudit intermédiaire dans l'exécution de ces services.

3. Si une partie demande à une autre partie de recourir aux services d'un intermédiaire pour effectuer la transmission, la consignation ou le traitement d'un *[enregistrement] [message] de données*, la partie qui fait une telle demande est responsable envers l'autre partie des dommages résultant directement des actes, défaillances ou omissions dudit intermédiaire dans l'exécution de ces services.]

Références

A/CN.9/387, par. 169 à 176 (vingt-sixième session, 1993)
A/CN.9/WG.IV/WP.57, article 15
A/CN.9/373, par. 148 à 152 (vingt-cinquième session, 1993)
A/CN.9/WG.IV/WP.55, par. 114 à 123
A/CN.9/360, par. 97 à 103 (vingt-quatrième session, 1992)
A/CN.9/WG.IV/WP.53, par. 82 et 83
A/CN.9/350, par. 101 à 103
A/CN.9/333, par. 76

IV. ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL

Projet de directives pour les conférences préliminaires dans le cadre des procédures arbitrales : rapport du Secrétaire général

(A/CN.9/396 et A/CN.9/396/Add.1) [Original : anglais]

[A/CN.9/396]

1. A sa vingt-sixième session, en 1993, la Commission a examiné une note du Secrétariat intitulée "Directives pour les conférences préliminaires dans le cadre des procédures arbitrales" (A/CN.9/378/Add.2)[1]. La note avait été établie comme suite à une suggestion faite lors du Congrès de la CNUDCI sur le droit commercial international, dont le thème était "Le droit commercial uniforme au XXIe siècle" et qui s'est tenu à New York du 18 au 22 mai 1992 dans le cadre de la vingt-cinquième session de la Commission.

2. La note, soulignant qu'il était utile d'appliquer le principe de la souplesse et de la liberté dans la conduite d'une procédure arbitrale, indiquait que, dans certains cas, ce principe risquait d'empêcher les participants à l'arbitrage de se préparer comme il convient pour les diverses étapes de la procédure. La note décrivait comment éviter ces difficultés en organisant, dès les premières étapes de la procédure arbitrale, une "conférence préliminaire" permettant de discuter de la procédure et de la planifier. En outre, la note proposait que la Commission établisse des directives pour les conférences préliminaires et établisse un avant-projet de liste des questions que pourraient traiter ces directives.

3. La Commission a prié le Secrétariat d'établir un projet de directives qui serait examiné et adopté par la Commission à sa vingt-septième session, en 1994, ou à sa vingt-huitième session, en 1995[2].

4. On trouvera à l'additif 1 du présent document le premier projet de directives pour les conférences préliminaires dans le cadre des procédures arbitrales, établi conformément à la demande de la Commission.

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-huitième session, Supplément n° 17* (A/48/17), par. 291 à 296.

[2] *Ibid.*, par. 293 et 296.

[A/CN.9/396/Add.1]

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	224
I. CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES	224
A. Contexte	224
B. L'expression "conférence préparatoire"	225
C. Objectif et nature des Directives	225
D. Relations entre les Directives et le règlement d'arbitrage	225
II. ORGANISATION ET CONDUITE DE LA CONFÉRENCE PRÉPARATOIRE	226
A. Cas dans lesquels une conférence préparatoire peut être utile	226
B. Stade auquel peut être tenue une conférence préparatoire	227
C. Décisions prises à une conférence préparatoire	227
III. LISTE DE CONTRÔLE ANNOTÉE DES QUESTIONS POUVANT ÊTRE EXAMINÉES LORS D'UNE CONFÉRENCE PRÉPARATOIRE	228
[A. Règles régissant la procédure arbitrale]	228
[B. Compétence et composition du tribunal]	228
C. Possibilité de règlement du différend	228
D. Définition des questions à examiner et ordre dans lequel elles seront tranchées	229
E. Faits ou questions non contestés	230

		Pages
F.	Dispositions relatives aux pièces justificatives	230
G.	Dispositions relatives aux preuves matérielles	231
H.	Arrangements relatifs aux témoignages	232
I.	Arrangements relatifs aux témoignages d'experts	233
J.	Arrangements relatifs aux pièces écrites	234
K.	Détails pratiques relatifs aux pièces et aux exposés écrits	235
L.	Audiences	236
M.	Langue de la procédure	238
N.	Appui administratif	238
O.	Secrétaire ou greffier du tribunal arbitral	238
P.	Lieu de l'arbitrage	239
Q.	Dispositions impératives régissant la procédure arbitrale	239
R.	Arbitrage multipartite	240
S.	Consignation du montant des frais	241
T.	Autres questions de procédure	241

INTRODUCTION*

[...]

I. CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES

A. Contexte

1. Les règlements d'arbitrage convenus par les parties permettent en général au tribunal arbitral de mener la procédure arbitrale avec beaucoup de liberté et de souplesse. Cela est vrai en particulier de la procédure après la constitution du tribunal arbitral et avant le prononcé de la sentence, c'est-à-dire lorsque divers documents sont échangés, des audiences tenues et des témoins entendus. On notera en particulier le règlement d'arbitrage de la CNUDCI, dont le paragraphe 1 de l'article 15 dispose que :

> "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 tout stade de la procédure chaque partie ait toute possibilité de faire valoir ses droits et proposer ses moyens."

2. Le principe de la souplesse et de la liberté est limité de deux manières. Premièrement, le tribunal arbitral n'a aucune latitude dans les cas où le règlement lui-même fournit une solution précisée. Pour ce qui est du règlement de la CNUDCI, c'est ce qui ressort, au paragraphe 1 de l'article 15, des premiers mots "sous réserve des dispositions du Règlement". Deuxièmement, le tribunal arbitral doit observer les dispositions de procédure impératives de la loi applicable à l'arbitrage.

3. On considère généralement que le principe de la liberté et de la souplesse est utile et qu'il est une des causes de l'attrait de l'arbitrage comme méthode de règlement des différends commerciaux. Il est utile car il permet au tribunal arbitral d'adapter la procédure aux particularités du différend de conduire l'affaire traitée conformément au style de procédure qui a la préférence des parties et des arbitres et de planifier la procédure.

4. Si la procédure n'est pas planifiée par le tribunal arbitral ou si elle l'est de façon trop limitée, il est possible, en particulier dans l'arbitrage international, qu'une partie, un avocat ou un membre du tribunal arbitral la juge imprévisible ou surprenante et éprouve des difficultés à s'y préparer, ce qui risque de conduire à des malentendus, à des retards et à une majoration de son coût.

5. La planification de la procédure arbitrale est particulièrement utile dans l'arbitrage international, lorsque les arbitres ou les parties peuvent avoir des points de vue différents quant à la marche à suivre. Cela tient généralement à des divergences entre les traditions auxquelles les arbitres, les parties ou les avocats sont habitués en la matière. Des différences de points de vue sont aussi à prévoir même lorsque les participants à l'arbitrage ont des traditions qui ne paraissent pas dissemblables. Cela tient à ce que les arbitres et autres praticiens de l'arbitrage, dans le commerce international, sont de plus en plus confrontés à des pratiques procédurales diverses et à ce que de nombreux praticiens ont mis au point, pour la procédure, des méthodes individuelles et éclectiques.

6. Afin de planifier la conduite de la procédure arbitrale, certains arbitres considèrent qu'il est utile d'organiser, au début de la procédure, une conférence réunissant les participants à l'arbitrage. Lors d'une telle conférence, désignée ci-après par l'expression "conférence préparatoire", on envisage des décisions appropriées concernant la procédure et l'on précise les détails de cette dernière, afin de la rendre plus prévisible, plus rapide et moins coûteuse.

*Il est suggéré de faire figurer dans l'Introduction aux directives un bref historique des travaux qui leur ont été consacrés et une résolution que la Commission souhaitera peut-être adopter lors de leur mise au point définitive. La Commission sera saisie à sa vingt-septième session d'un projet d'Introduction sous forme de document de séance.

Certaines parties du projet de directives ont été placées entre crochets; cela signifie que l'on pourra omettre ces parties sans porter atteinte à l'objet des directives.

7. Parmi les règlements d'arbitrage international largement appliqués, peu font référence à de telles conférences préparatoires, et, dans la pratique, celles-ci sont organisées que le règlement d'arbitrage retenu les envisage ou non. Ainsi, les tribunaux arbitraux considèrent que la décision d'organiser une telle conférence entre dans le cadre des pouvoirs généraux qui leur sont conférés en matière de procédure et qui leur permettent de conduire l'arbitrage de la manière qu'ils jugent appropriée.

8. Étant donné le caractère confidentiel de l'arbitrage, il est difficile de déterminer dans quelle mesure de telles conférences sont effectivement organisées. A en juger par les rapports des praticiens, elles le seraient dans bon nombre d'arbitrages internationaux. Il semble que la pratique des conférences préparatoires soit particulièrement répandue là où la tradition procédurale tend à voir dans le tribunal arbitral plus un animateur de la procédure qu'un enquêteur actif et où, du fait de cette tendance, on compte que les parties feront preuve d'une large initiative en matière de procédure. Toutefois, étant donné les avantages qu'est susceptible de procurer la planification de la procédure arbitrale, en particulier lorsqu'il est probable que les parties ou les arbitres auront des points de vue différents quant à la manière de la conduire, une conférence préparatoire pourrait être utile dans tout contexte arbitral.

9. On peut conclure que, puisqu'il ne semble pas exister d'objections de principe à l'organisation de conférences préparatoires, et puisque de nombreux commentateurs louent l'utilité de cette pratique, ces conférences deviendront vraisemblablement plus fréquentes, même là où elles ne sont pas habituelles.

B. L'expression "conférence préparatoire"

10. Il ne s'est pas imposé d'expression unique pour désigner les réunions préparatoires dans le cadre de l'arbitrage. Dans la pratique, elles répondent à diverses appellations, telles que "conférence avant audience", "réunion préliminaire", "examen avant jugement", "conférence administrative", ou autres expressions du même genre. L'emploi de l'une de ces expressions peut être déterminé en partie par le stade de la procédure auquel la réunion aura lieu. Par exemple, une réunion dite "préliminaire" a généralement lieu peu de temps après le dépôt de la demande initiale d'arbitrage, à un moment où tous les éléments de la requête et de la réponse n'ont peut-être pas été présentés au tribunal arbitral; l'expression "réunion administrative" est employée dans les arbitrages ayant lieu sous les auspices de certaines institutions arbitrales. Des expressions telles que "conférence avant audience" en revanche, peuvent être employées plus fréquemment pour une réunion préparatoire organisée à un moment où tous les éléments des requêtes et réponses ont été présentés et où le principal objet de la réunion est de préparer les audiences. Un "examen avant audience" pourrait avoir pour principal objectif d'examiner les préparatifs faits par les parties en vue des audiences conformément aux décisions de procédure prises antérieurement.

11. Dans les Directives, c'est l'expression "conférence préparatoire" qui est employée comme terme générique afin de rendre compte du but de la conférence, quel que soit le stade auquel celle-ci est tenue, et qu'elle soit ou non administrée par une institution arbitrale. Des expressions qui sont usuelles dans la pratique de certaines institutions arbitrales ou dans des lieux d'arbitrage traditionnels n'ont pas été retenues car elles ne sont pas d'un usage universel et pourraient être interprétées comme mettant exagérément l'accent sur une pratique particulière.

C. Objectif et nature des Directives

12. L'élaboration des Directives a été motivée par les considérations suivantes : dans des circonstances appropriées, une conférence préparatoire dans le cadre de l'arbitrage est un exercice utile, des directives internationalement harmonisées aideraient les praticiens à se prononcer sur l'organisation d'une telle conférence et, s'il en est organisé une, les aideraient à la préparer et à la mener à bien.

13. Les Directives indiquent quels sont les objectifs d'une conférence préparatoire et rappellent les questions qui pourraient y être utilement examinées. Elles ne constituent pas un guide exhaustif sur le fond des décisions qui pourraient être prises à la suite d'une conférence préparatoire. Si, pour certains types de décisions, elles mentionnent, à des fins d'illustration certaines des options possibles, elles n'ont pas l'ambition de les présenter toutes. La pratique, en matière d'arbitrage international, est trop diverse pour qu'elles puissent rendre compte de l'ensemble des solutions possibles et de tous les aspects de la pratique arbitrale. Aussi, pour bien conduire un arbitrage, les arbitres et les parties devront-ils, au-delà des informations contenues dans les présentes directives, connaître le droit et la pratique de l'arbitrage.

14. Du fait que l'on n'organise pas de conférences préparatoires avec la même fréquence dans toutes les régions et dans tous les lieux d'arbitrage, les Directives contribueraient à diffuser des connaissances pratiques sur l'arbitrage. Ce faisant, elles pourraient progressivement favoriser le perfectionnement, la meilleure compréhension et l'harmonisation des procédures d'arbitrage international.

D. Relations entre les Directives et le règlement d'arbitrage

15. Les Directives ne sont pas des règles se prêtant à un accord. La décision de s'y référer à l'occasion d'une conférence préparatoire n'établit, pour le tribunal arbitral ou pour les parties, aucune obligation quant au choix des questions à examiner ou quant aux décisions à prendre à la suite de la conférence. Autrement dit, une conférence préparatoire doit se dérouler dans les limites du règlement d'arbitrage éventuellement convenu par les parties.

16. La décision d'appliquer les Directives n'implique aucune modification du règlement d'arbitrage dont les parties auront pu convenir. Il se peut toutefois que soient prises, lors d'une conférence préparatoire, des décisions qui ajoutent des précisions ou de nouvelles conditions au règlement d'arbitrage convenu, et aussi des décisions visant à le modifier.

[17. Du fait que la procédure arbitrale est fondée sur la liberté des parties de convenir de règles de procédure ou

d'habiliter les arbitres à déterminer ces règles, rien en principe ne s'oppose à ce que les règles convenues soient complétées ou modifiées. Deux réserves doivent toutefois être formulées. Premièrement, lorsque l'arbitrage est administré par une institution arbitrale, celle-ci peut se réserver le droit de ne pas approuver une modification du règlement. De fait, certaines institutions sont réticentes à accepter que leur règlement soit modifié. Deuxièmement, il est sage de bien réfléchir à toute modification d'un règlement d'arbitrage type. Les parties doivent être conscientes du fait qu'un règlement type est conçu pour fonctionner comme un système, et que la modification d'une règle peut avoir des répercussions imprévues ou inappropriées sur l'ensemble du système. En outre, comme le règlement d'arbitrage définit les attributions et les prérogatives du tribunal arbitral, toute modification de ce règlement intéresse les arbitres. Aussi est-il recommandé que toute modification du règlement d'arbitrage soit faite en consultation avec le tribunal arbitral.]

18. Il ne faut pas oublier que, quelques décisions qui soient prises à la suite de la conférence préparatoire, elles ne devront pas contrevenir aux dispositions de la loi applicable à l'arbitrage auxquelles on ne peut déroger.

II. ORGANISATION ET CONDUITE DE LA CONFÉRENCE PRÉPARATOIRE

19. On soulignera d'emblée que, si une conférence préparatoire doit être tenue, son organisation, son ordre du jour et la manière dont elle sera conduite devront être adaptés aux besoins de l'affaire considérée, conformément au principe de souplesse et de liberté qui régit généralement l'arbitrage. De plus, c'est au tribunal arbitral qu'il appartient de veiller à ce que la tenue d'une conférence préparatoire ne majore pas inutilement les coûts de la procédure ou ne constitue pas une charge administrative.

20. Une conférence préparatoire est souvent convoquée à l'initiative du tribunal arbitral ou de l'arbitre-président, en général après consultation des parties. La question de savoir si le tribunal arbitral a le droit de convoquer une conférence préparatoire dépend des prérogatives qui lui sont attribuées en matière de procédure par le droit procédural applicable et tout règlement éventuellement convenu. En général, le tribunal arbitral dispose, en vertu du règlement d'arbitrage et des lois applicables d'une latitude telle en matière de procédure que le droit de convoquer une conférence préparatoire entre dans ses attributions. Certains règlements d'arbitrage contiennent des dispositions spécifiques concernant les réunions préparatoires du type dont il est question dans les présentes Directives.

21. Il est possible qu'une partie doute de l'utilité d'une conférence préparatoire ou s'oppose à sa tenue. Le tribunal arbitral tiendra compte d'une telle attitude pour décider s'il est opportun de convoquer la conférence. Une attitude négative pourrait donner à penser qu'il vaudrait mieux ne pas tenir de conférence préparatoire car elle risquerait de ne pas atteindre entièrement ses objectifs.

22. Dans certains cas, cependant, le tribunal arbitral conclura qu'il y a lieu de tenir une conférence préparatoire en dépit des réserves ou des objections d'une partie, par exemple lorsqu'il ne souhaite prendre certaines décisions de procédures qu'après avoir donné aux parties la possibilité de présenter leurs points de vue. Si une partie ne participe pas à la conférence préparatoire, le tribunal arbitral peut juger utile de tenir la conférence et prendre les décisions de procédure sans avoir entendu le point de vue de cette partie. Pour qu'une conférence préparatoire puisse être tenue en l'absence d'une partie, il est nécessaire, en application des principes généraux de la procédure arbitrale, que cette partie ait été dûment avisée et qu'elle n'ait pas invoqué d'empêchement légitime. L'appréciation de ce qui constitue un empêchement légitime doit être portée en fonction des circonstances de l'espèce et des normes d'équité et d'égalité. Si une partie qui a été dûment avisée ne se présente pas, alors qu'elle n'avait pas fait part de son intention de ne pas se présenter, il est généralement sage de ne pas poursuivre avant d'avoir recherché les raisons de son absence.

[23. En règle générale, les participants à la conférence préparatoire sont les parties elles-mêmes, leurs avocats et tous autres représentants des parties. Parfois, cependant, le tribunal arbitral peut indiquer dans l'invitation à la conférence qu'étant donné le type de questions à examiner il peut être suffisant, pour que les objectifs de la conférence soient atteints, que soient présents seuls les avocats. Ce sera le cas, par exemple lorsque les questions à examiner se limitent aux règles régissant la procédure arbitrale, à des dispositions pratiques concernant les exposés écrits ou à l'appui administratif.]

24. Souvent, la décision de planifier une procédure arbitrale implique que les participants tiendront une réunion au lieu d'arbitrage ou dans un autre lieu approprié. Parfois, cependant, en particulier si le nombre des questions de procédures à examiner est limité, il peut suffire que, sous la coordination de l'arbitre-président, des consultations aient lieu par télécommunications.

A. Cas dans lesquels une conférence préparatoire peut être utile

25. Si la planification de la procédure est une activité nécessaire et usuelle dans tout arbitrage, la convocation d'une conférence préparatoire à cet effet n'est pas une nécessité. De fait, dans de nombreux arbitrages, la planification s'effectue par des décisions de procédure du tribunal arbitral sans convocation d'une réunion spéciale. Il peut être décidé de ne pas réunir de conférence préparatoire, en particulier lorsque les participants ont une bonne idée de la façon dont la procédure sera conduite, lorsqu'ils sont peu susceptibles d'avoir des points de vue divergents quant à la procédure arbitrale, ou lorsque l'affaire est relativement simple. En pareils cas, les Directives peuvent jouer un rôle utile en rappelant au tribunal arbitral les questions pour lesquelles des décisions préalables pourraient être indiquées.

26. L'utilité de convoquer une conférence préparatoire dépend de la question de savoir si le temps et les dépenses qu'il faudra y consacrer sont justifiés par les avantages que l'on attend d'elle, par exemple une meilleure prévisibilité de la procédure ultérieure, une meilleure compréhension des procédures par les participants, une plus grande efficacité des audiences et une amélioration du climat de la procédure.

Outre les considérations de temps et d'argent, deux types de facteurs jouent généralement un rôle important dans la décision d'organiser ou non une conférence préparatoire.

27. L'un de ces facteurs est le suivant : les parties n'ont peut-être pas une idée suffisamment claire de la façon de procéder et un échange de vues personnel serait nécessaire pour leur fournir au plus tôt des orientations. Dans le même ordre d'idées, les arbitres, les parties et les avocats peuvent être habitués à des styles de procédure différents et avoir par conséquent des points de vue divergents quant à la manière dont la procédure arbitrale sera conduite (voir aussi le paragraphe 5 ci-dessus).

28. Un autre facteur entrant en jeu est le degré de complexité de l'affaire sur le plan de la procédure pour ce qui est, par exemple de la durée prévue des audiences, du nombre de témoins à entendre, du nombre et du type de témoignages d'experts qui peuvent être nécessaires, de la probabilité que les audiences devront avoir lieu hors du lieu de l'arbitrage, du nombre d'éléments de preuve à apprécier, du volume de documentation à traiter ou des problèmes linguistiques à surmonter. Plus l'affaire est complexe, plus il peut être utile de convoquer une conférence préparatoire afin de coordonner et de planifier des mesures de procédure et d'adapter les procédures aux circonstances de l'espèce.

B. Stade auquel peut être tenue une conférence préparatoire

29. On ne peut formuler de directives généralement applicables quant au stade de la procédure arbitrale auquel il est le plus approprié de tenir une conférence préparatoire. Lorsque la demande initiale d'arbitrage du requérant ne couvre pas tous les aspects de fait et de droit de la requête, la question est de savoir si le tribunal arbitral devrait décider que la conférence préparatoire fera suite à cette demande initiale ou si elle devrait être tenue plus tard, selon toute vraisemblance peu après que les parties auront présenté leur requête et leur réponse. Dans certains cas, on juge utile de tenir la conférence avant que les requêtes et réponses aient été intégralement formulées et, dans d'autres, peu après que les requêtes et réponses ont été soumises.

30. Le stade auquel la conférence préparatoire est tenue influe sur l'importance de son ordre du jour. Lorsque celle-ci a lieu avant que les requêtes et réponses aient été intégralement formulées, l'ordre du jour sera généralement plus limité et n'abordera probablement pas, ou n'abordera que de façon limitée, des questions telles que la définition des points litigieux, diverses dispositions relatives aux preuves, la présentation de faits ou de questions non contestés, ou la préparation des audiences. Lorsqu'une conférence préparatoire est organisée à un stade aussi précoce, la préparation de documents complétant les requêtes et réponses est une question qui a toutes les chances d'être abordée.

31. Dans des cas exceptionnels, qui semblent limités aux arbitrages les plus complexes, on pourra tenir plus d'une conférence préparatoire. Les dépenses et le temps nécessaires pour en organiser une étant des contraintes importantes, on sera mieux fondé à en organiser plusieurs si les participants résident à proximité du lieu de l'arbitrage. Il peut être décidé dès le début de la procédure qu'il y aura plus d'une conférence, ou bien le déroulement de la procédure peut inciter le tribunal arbitral à convoquer une conférence supplémentaire. Celle-ci pourra dans certains cas avoir pour objectifs d'examiner comment les parties ont appliqué les décisions de procédure adoptées antérieurement et de prendre des mesures correctives si nécessaire.

32. Souvent, les décisions prises à la suite d'une conférence préparatoire supposent l'écoulement d'un certain délai jusqu'à la phase suivante de la procédure arbitrale; pendant ce temps, les parties devront appliquer ces décisions et se préparer à la procédure. Mais il est fréquemment admis de planifier et préparer des mesures de procédure à une conférence tenue peu de temps avant ou immédiatement avant les audiences portant sur le fond du différend. Il convient toutefois de noter que de telles activités préparatoires, lorsqu'elles ont lieu à une date proche des audiences, auront une portée limitée, dans la mesure où elles ne peuvent aborder des questions de procédure pour lesquelles il faut un certain temps de préparation.

C. Décisions prises à une conférence préparatoire

[33. Le but d'une conférence préparatoire est de faciliter la prise de décisions sur la façon de conduire la procédure d'arbitrage. La plupart de ces décisions porteront sur la forme, encore que certaines puissent concerner ou aborder le fond du différend (par exemple, détermination des points litigieux, ou accord des parties sur certains faits ou certaines questions non contestées).]

34. Les décisions peuvent être prises et consignées de diverses manières. Selon une approche, le tribunal arbitral tranche après avoir consulté les parties et rend ses décisions sous forme d'ordonnances de procédure. Une autre approche, qui peut être adoptée lorsque les parties sont disposées à se mettre d'accord sur une ou plusieurs questions, consiste à consigner la teneur de cet accord. Ce dernier peut alors être incorporé à un document signé par les parties ou à un document établi par le tribunal arbitral reflétant l'accord des parties.

35. Ces deux approches diffèrent notamment sur un point : il est généralement plus rapide pour le tribunal arbitral de trancher lui-même que de se lancer dans des discussions avec les parties en vue de parvenir à un accord sur le libellé des décisions. Une autre différence tient à la manière dont peut être modifiée par la suite une décision émanant de la conférence préparatoire : une décision de procédure prise par le tribunal arbitral peut être modifiée par le tribunal lui-même, alors qu'un accord de procédure entre les parties ne peut être modifié que par accord des parties.

36. La mesure dans laquelle les décisions de procédure sont détaillées est variable. Certains praticiens ont tendance à formuler un ensemble détaillé et complet de décisions, tandis que d'autres préfèrent des décisions plus générales, et laissent au tribunal arbitral le soin de se prononcer sur les détails, le cas échéant, lors de la procédure arbitrale. Lorsque l'on décide du degré de détail d'une décision, il est sage de tenir compte du fait que, lorsqu'une décision est détaillée et précise, la probabilité sera plus grande de devoir la modifier à la suite d'un changement de circonstances.

III. LISTE DE CONTROLE ANNOTÉE DES QUESTIONS POUVANT ÊTRE EXAMINÉES LORS D'UNE CONFÉRENCE PRÉPARATOIRE

37. Pour permettre aux parties de se préparer et de participer efficacement à une conférence préparatoire, il est utile de leur en communiquer à l'avance l'ordre du jour. En général, cet ordre du jour est établi par le tribunal arbitral ou par l'arbitre-président. Parfois, on sollicite l'avis des parties quant aux questions à inscrire à l'ordre du jour.

38. Il est généralement utile que le tribunal arbitral, dans la conduite de la conférence préparatoire, se conforme à l'ordre du jour annoncé à l'avance, les choses gagnant en célérité lorsque l'on évite des questions pour lesquelles les participants ne se sont peut-être pas préparés. Néanmoins, il est utile aussi de conserver une certaine souplesse et de permettre, si le tribunal arbitral le juge approprié, qu'une question non annoncée puisse être examinée.

39. Les sections A à T ci-après constituent une liste de contrôle des questions qu'un tribunal arbitral pourra inscrire à l'ordre du jour d'une conférence préparatoire. Cette liste se veut assez complète pour pouvoir servir d'aide-mémoire dans le plus grand nombre de situations possibles. On soulignera toutefois que, lors de l'établissement de l'ordre du jour, il ne faut pas perdre de vue les circonstances particulières de l'affaire et que, dans de nombreux arbitrages, il sera en fait nécessaire de n'examiner qu'un nombre limité des questions mentionnées dans cette liste. Pour autant, celle-ci n'est pas présentée comme étant exhaustive. Les participants pourront souhaiter aborder d'autres questions à l'occasion d'une conférence comme celle qui fait l'objet des présentes Directives.

[A. Règles régissant la procédure arbitrale

Ordre du jour : Si les parties n'ont pas convenu d'un règlement d'arbitrage, chercher à savoir si elles souhaitent le faire à ce stade.

Remarques

1. Les parties s'abstiennent parfois d'inclure dans la convention d'arbitrage une clause relative au règlement devant régir la procédure arbitrale. Leurs raisons peuvent être, par exemple que, au moment de la conclusion de ladite convention, elles n'avaient pas prêté attention à cet aspect, qu'elles ne voulaient pas prolonger les négociations, ou qu'elles entendaient s'en remettre au tribunal arbitral et au droit procédural applicable pour ce qui est de la conduite de l'arbitrage.

2. Il est sage de déterminer si les deux parties souhaitent envisager de convenir d'un règlement d'arbitrage, faute de quoi une initiative du tribunal arbitral pour qu'elles en adoptent risque d'entraîner des discussions inutiles, de donner l'impression fâcheuse que le tribunal arbitral n'est pas satisfait de la teneur de la convention d'arbitrage ou que les arbitres ont des difficultés à s'acquitter de leur tâche. Si, après que cette question a été soulevée, il apparaît difficile de parvenir à un accord, le tribunal arbitral peut souhaiter mettre un terme à la discussion sur la question et statuer sur la base de la convention d'arbitrage et du droit procédural applicable.]

[B. Compétence et composition du tribunal arbitral

Ordre du jour : Chercher à savoir si une partie a une objection quant à la compétence ou à la composition du tribunal arbitral.

Remarques

Il n'est peut-être pas toujours souhaitable de soulever la question de la compétence ou de la composition du tribunal arbitral. Un inconvénient possible, lorsqu'on le fait, est que ledit tribunal risque de donner l'impression, peut-être erronée, que sa compétence ou sa composition est sujette à caution, ce qu'une partie pourrait essayer d'exploiter pour gagner du temps. Un avantage, en revanche, est peut-être la possibilité de répondre à toute question et de dissiper toute hésitation ou objection qu'une partie peut avoir au début de la procédure. En outre, lorsqu'il est consigné au procès-verbal qu'une question relative à la compétence ou à la composition du tribunal a été réglée ou qu'il n'a pas été soulevé de telle question, une partie pourra invoquer ce procès-verbal si l'autre partie soulève plus tard une objection.]

C. Possibilité de règlement du différend

Ordre du jour : Chercher à savoir si les parties souhaitent informer le tribunal arbitral de l'état d'éventuelles discussions relatives au règlement du différend et si ces discussions auront une incidence sur le calendrier de la procédure arbitrale.

Remarques

[1. Les parties peuvent avoir des attitudes différentes quant à l'opportunité d'informer le tribunal arbitral de discussions qui pourraient avoir eu lieu ou qui doivent avoir lieu à propos du règlement du différend. Souvent, une partie ou bien les deux souhaitent que toutes discussions relatives à un règlement restent entièrement distinctes de l'arbitrage, et elles peuvent souhaiter aussi que le tribunal arbitral ne soit pas informé du fait que de telles discussions ont eu lieu ou de leur teneur. Dans d'autres cas, elles peuvent souhaiter que le tribunal arbitral sache que de telles discussions ont lieu ou auront lieu. Une raison d'en informer le tribunal arbitral peut être de lui permettre d'en tenir compte pour établir le calendrier de la procédure arbitrale. Parfois, les parties peuvent même souhaiter que les arbitres participent de manière appropriée aux discussions afin de parvenir plus facilement à un règlement.]

[2. Lorsqu'un arbitre participe à une tentative de règlement d'un différend, les avis divergent sur le point de savoir, en cas d'échec de cette tentative, si la capacité de l'arbitre de continuer d'exercer sa fonction s'en trouve compromise. Selon un avis, les rôles de conciliateur et d'arbitre ne sont pas incompatibles, à condition que la manière dont l'intéressé a participé aux négociations relatives au règlement ne compromette pas sa faculté de statuer de façon impartiale. Selon un autre avis, le fait qu'une personne a joué un rôle de conciliateur compromet son aptitude à faire office d'arbitre impartial dans le même différend et, selon certains, l'en rend automatiquement incapable.]

3. Si les parties souhaitent informer le tribunal arbitral de l'état des discussions relatives au règlement du différend, elles peuvent souhaiter pour la brièveté et l'efficacité de la conférence préparatoire, limiter les consultations en indiquant seulement au tribunal :

a) Si des discussions relatives au règlement ont eu lieu ou auront probablement lieu, sans entrer dans un débat sur les conditions possibles d'un règlement, et si l'éventualité de telles discussions aura des incidences sur le calendrier de la procédure arbitrale; et

b) Lorsque cela apparaît approprié, si les parties ont envisagé ou consentent à envisager une conciliation, procédure dans laquelle un conciliateur indépendant et impartial les aide dans leur tentative de régler le différend. Dans l'affirmative, elles pourront utilement examiner les méthodes de conciliation existantes (par exemple la méthode prévue par le Règlement de conciliation de la CNUDCI).

D. Définition des questions à examiner et ordre dans lequel elles seront tranchées

Ordre du jour : i) Définir les points litigieux entre les parties;

ii) Définir plus précisément, si nécessaire, le recours ou la réparation demandés;

iii) Examiner l'ordre dans lequel les questions devront être tranchées.

Remarques

Point i

1. Il est utile que les points litigieux soient identifiés aussitôt que possible dans la procédure. Les parties et leurs conseillers peuvent ainsi plus facilement recenser les faits non contestés, se concentrer sur les questions essentielles et éventuellement régler certaines des demandes. Les participants peuvent aussi mieux déterminer le meilleur moyen de conduire la procédure pour trouver une solution. Par exemple, si ce sont des questions de fait qui posent les problèmes les plus délicats, une partie pourra prendre des mesures en vue d'obtenir des preuves pertinentes et désigner des experts; en revanche, si les faits sont pour l'essentiel non contestés et que les questions en jeu sont des questions de droit, il peut être possible de demander que la procédure se déroule sur pièces uniquement.

2. Pour identifier les points ligitieux, le tribunal arbitral peut se fonder sur les pièces écrites présentées par les parties. Toutefois, la question de savoir s'il parviendra à le faire dans un délai raisonnable dépend de la manière dont les parties auront exposé les faits. Les pratiques diffèrent en ce qui concerne les questions que les parties abordent dans leurs exposés, le style et la longueur desdits exposés et le stade de la procédure auquel elles sont supposées présenter les faits, les preuves et les arguments juridiques à l'appui de leurs demandes. Selon certaines traditions procédurales, les exposés initiaux s'en tiennent principalement aux faits, les arguments juridiques et même les preuves étant présentés ultérieurement, parfois à un stade aussi tardif que celui des audiences. Selon d'autres traditions, l'approche est plus globale dès le stade initial de l'arbitrage, en ce sens qu'une demande doit présenter les faits, les preuves et les arguments juridiques. La mesure dans laquelle on détaille dans l'exposé écrit les faits, les preuves et les arguments diffère également. Pour que le tribunal arbitral puisse identifier plus facilement les questions, il est utile de donner suffisamment à l'avance aux parties pour la préparation de leurs exposés des orientations et des suggestions indiquant par exemple la structure, la portée et le degré de détails souhaités desdits exposés (voir plus loin, J. "Arrangements relatifs aux pièces écrites", point iv).

3. Le tribunal arbitral peut adopter une autre approche, qui consiste à demander aux parties d'établir elles-mêmes une liste des points litigieux. S'il apparaît peu probable que les parties soient en mesure d'établir une liste commune, chacune d'elles peut être priée d'établir une liste des points qu'elle considère litigieux.

4. Pour faciliter les choses, il est souvent utile de récapituler systématiquement les questions, en indiquant brièvement les positions adverses sous forme de liste ou de tableau. Dans le cas d'un différend complexe, on peut préparer plusieurs listes, par exemple une pour les questions de responsabilité, et une autre, qui peut être établie plus tard, sur divers chefs de la demande de dommages-intérêts.

5. Lorsque l'affaire est particulièrement complexe, et que les requêtes et réponses n'ont pas encore été soumises, l'opportunité de tenir rapidement des consultations sur une approche commune quant à la préparation des requêtes et réponses et l'identification des questions peut justifier la convocation d'une conférence préparatoire peu de temps après la constitution du tribunal arbitral. (Pour la date de la convocation d'une conférence préparatoire voir ci-dessus, *II*, "Organisation et conduite d'une conférence préparatoire", par. 29 à 32).

Point ii

[6. Le recours ou la réparation demandés par l'auteur d'une requête ou d'une demande reconventionnelle doivent être suffisamment précis pour que le tribunal arbitral puisse trancher. Les critères concernant la précision avec laquelle le demandeur doit formuler un recours ou une demande de réparation ne sont pas uniformes. Une formulation peut être insuffisamment précise parce que le demandeur n'est pas sûr de l'étendue de ses droits en vertu de la loi applicable et s'en remet de ce fait au tribunal arbitral pour décider de l'étendue ou même du type de recours ou de réparation auxquels il peut prétendre.]

[7. Il est sage que le demandeur s'assure lui-même, si ses arguments sont acceptés, que la formulation de la requête ne constituera pas un obstacle à l'obtention de l'intégralité de la réparation. Si la demande n'est pas formulée conformément aux critères du tribunal arbitral, il se peut que la décision la concernant ne soit prise qu'en fonction de son degré de précision.]

8. Si le tribunal arbitral estime que le recours ou la réparation demandés ne sont pas définis de façon suffisamment précise, la conférence préparatoire peut être l'occasion d'expliquer aux parties avec quel degré de précision leurs demandes doivent être formulées.

Point iii

9. Une fois précisés les points litigieux, le tribunal arbitral peut souhaiter déterminer l'ordre dans lequel les questions seront abordées. Cet ordre peut être déterminé par le fait que certaines questions sont des questions préalables, par exemple, les exceptions prises de l'incompétence du tribunal arbitral, ou les questions concernant l'existence du contrat et la responsabilité de sa non-exécution, qui doivent être examinées avant celle des dommages-intérêts résultant de la non-exécution. Dans le cas de plusieurs chefs de demande de dommages-intérêts ou d'un litige relatif au défaut d'exécution de contrats différents, l'ordre dans lequel les questions seront examinées et tranchées peut dépendre de considérations telles que le temps jugé nécessaire pour chaque chef de demande, les montants en cause, les perspectives d'aboutissement de la demande, et les intérêts des parties.

[10. Après avoir décidé de l'ordre dans lequel les questions seront tranchées, le tribunal arbitral pourra juger approprié d'énoncer la décision relative à l'une des questions sous forme de sentence et de rendre ultérieurement la sentence sur les autres questions. Dans les règles contractuelles et les règles établies par la loi, de telles sentences, qui portent sur une des questions dont est saisi le tribunal arbitral, sont appelées sentences "partielles", "provisoires", ou "interlocutoires", l'expression utilisée dépendant du type de question dont traite la sentence et du point de savoir si elle est définitive pour ce qui est de ladite question.]

[11. Le tribunal arbitral peut décider par exemple de limiter la sentence à une question telle que sa compétence, des mesures provisoires ou conservatoires, l'existence du contrat à l'origine de la requête, la responsabilité du défendeur, ou une partie des dommages-intérêts demandés. De telles sentences, concernant certaines questions seulement, peuvent être rendues par exemple lorsqu'il est jugé équitable de se prononcer d'abord sur un aspect ponctuel d'une requête; si l'on pense que les parties, une fois certaines questions réglées, seront plus disposées à régler les autres; ou afin de donner à une partie l'occasion d'engager rapidement une action en recours contre la décision relative à une question préalable.]

E. Faits ou questions non contestés

Ordre du jour : Chercher à savoir si les parties sont disposées à convenir que certains faits et certaines questions ne sont pas contestés.

Remarques

1. Si les parties s'accordent à dire que des faits ou des questions pertinents pour le différend ne sont pas contestés, il n'est pas nécessaire de prouver ces faits ou de discuter de ces questions. Un tel accord permet aux parties de réduire le temps et les dépenses nécessaires pour l'obtention de preuves et la présentation des arguments.

2. Différentes approches peuvent être adoptées pour arriver à un exposé des faits et des questions non contestés. Le tribunal arbitral peut par exemple fixer un délai aux parties pour qu'elles préparent un exposé commun. L'arbitre-président ou le tribunal arbitral peut aussi, à partir d'exposés écrits et de consultations avec les parties, établir un exposé desdits faits et questions, qui sera présenté aux parties pour accord.

[3. Le tribunal arbitral peut préciser à la conférence préparatoire que, si une partie refuse d'admettre un fait avancé par la partie adverse et s'il devient clair qu'elle n'avait aucune raison de mettre en doute ce fait, il pourra en tenir compte, en même temps que d'autres circonstances, pour répartir les coûts de l'arbitrage. Cela peut être un stimulant efficace pour réduire la durée et le coût de l'obtention de preuves.]

F. Dispositions relatives aux pièces justificatives

Ordre du jour : On pourra, en ce qui concerne les pièces justificatives, aborder les points suivants :

i) Déterminer un calendrier pour la soumission de ces preuves;

ii) Déterminer si, sauf contestation d'une partie, dans un délai spécifié : *a)* un document est accepté comme émanant de la source qu'il indique, *b)* la copie d'une communication (par exemple lettre, télex, téléfax) est acceptée sans autre preuve comme ayant été reçue par le destinataire, et *c)* une photocopie est acceptée comme conforme;

iii) Déterminer si les parties acceptent de soumettre conjointement un ensemble unique de documents dont l'authenticité n'est pas contestée;

iv) Déterminer si des pièces justificatives volumineuses ou complexes devraient être présentées sous forme de rapports de personnes qualifiées contenant des résumés, tableaux, graphiques, extraits ou échantillons;

v) Déterminer si une partie a l'intention de demander ou de prier le tribunal de demander que l'autre partie présente des pièces justificatives.

Remarques

Point i

1. De nombreux règlements d'arbitrage habilitent le tribunal arbitral à fixer des détails pour la soumission de pièces justificatives et d'autres preuves. Une discussion de ces délais à la conférence préparatoire facilitera l'adoption de dates limites réalistes et équitables.

2. Il peut dans certains cas n'être ni possible ni souhaitable d'arrêter au tout début de la procédure un calendrier définitif et complet. En pareil cas, il peut être décidé que le calendrier établi sera revu et complété si nécessaire.

3. Le tribunal arbitral peut préciser aux parties qu'il n'admettra pas des soumissions tardives de preuves. Pour assurer l'équité de la procédure, il peut être nécessaire de prévoir des exceptions, en particulier quand de nouvelles pièces sont soumises comme contre-preuves, lorsqu'un élé-

ment de preuve a été découvert après la date limite, ou lorsque le tribunal arbitral considère pour une autre raison qu'une soumission tardive devrait être autorisée.

Point ii

4. Il peut être décidé que la présomption concernant l'origine et la réception d'un document ainsi que la conformité d'une copie s'applique à tous les documents ou seulement à des catégories spécifiées de documents. Une telle décision peut être utile pour simplifier la présentation de pièces justificatives ou pour décourager la formulation, à un stade ultérieur de la procédure, d'objections injustifiées ou dilatoires quant à la valeur probante des documents.

5. Afin de permettre à chaque partie d'examiner les documents avant que la présomption s'applique, il faudrait stipuler qu'elle s'applique sauf s'il y a contestation dans un délai donné. On pourra ajouter que, même si un document est contesté tardivement, la présomption ne s'applique pas si le tribunal arbitral estime que le retard est justifié.

Point iii

6. Les parties peuvent souhaiter convenir de soumettre conjointement un ensemble unique de documents dont l'authenticité n'est pas contestée. Il faudrait qu'il soit bien clair pour les parties que l'objet de cette procédure est d'éviter des doubles soumissions et des discussions relatives à l'authenticité de ces documents, et qu'elle ne préjuge en rien la position des parties quant à la portée desdits documents. Lorsque, dans des affaires importantes, l'ensemble de documents est trop volumineux pour être facilement maniable, il peut être pratique de choisir un nombre de documents fréquemment utilisés et d'établir un jeu de documents "de travail".

Point iv

7. Lorsque des pièces justificatives sont techniques ou volumineuses, l'examen de toutes les données de base peut prendre un temps excessif. En pareil cas, on pourra réaliser des économies en chargeant un spécialiste, par exemple un expert-comptable ou un ingénieur-conseil, d'analyser les documents et de soumettre un rapport, qui pourra présenter les conclusions sous forme de résumés, tableaux, graphiques, extraits ou échantillons. Il est conseillé de discuter du mandat à respecter pour l'établissement du rapport ainsi que d'un calendrier.

8. Une telle décision devrait s'accompagner de dispositions donnant aux parties la possibilité d'examiner les données de base et la méthode d'établissement du rapport à partir de ces données.

Point v

9. De nombreux règlements d'arbitrage donnent expressément pouvoir au tribunal arbitral de demander aux parties de produire des pièces justificatives et d'autres preuves. En certains lieux d'arbitrage, il existe en outre des procédures particulières concernant diverses formes de "découverte" de preuves, en vertu desquelles une partie a le droit de demander à l'autre partie de communiquer des moyens de preuves. Ces procédures, telles qu'elles sont énoncées dans les règlements d'arbitrage et les législations nationales et telles qu'elles sont appliquées par les arbitres, sont très variables.

10. A moins que le règlement d'arbitrage convenu fournisse des solutions précises, le tribunal arbitral pourra juger approprié d'examiner à la conférence préparatoire la mesure dans laquelle une partie devrait avoir le droit de demander à l'autre partie de présenter des documents. Un tel examen peut être utile en particulier lorsque, du fait de traditions juridiques différentes, les arbitres et les parties ont des conceptions différentes de la manière dont ce droit doit être exercé.

11. Pour demander à la partie adverse de présenter un document, on pourra énoncer par exemple les conditions suivantes : le document doit être décrit avec une précision raisonnable; le document doit être tel qu'il contribuera probablement à la clarification de l'affaire; le document doit pouvoir être établi par la partie à laquelle il est demandé; et la partie demanderesse doit avoir fait des efforts raisonnables, mais infructueux, pour obtenir le document. Une autre condition qui pourrait être énoncée, soit sans réserve, soit sous réserve du pouvoir d'appréciation du tribunal arbitral, est que le document devra avoir fait l'objet d'une transmission entre la partie à laquelle il est demandé et un tiers qui n'est pas partie à l'arbitrage, condition qui exclurait les demandes de documents purement internes. Il pourrait être approprié de préciser que, si la partie à laquelle le document est demandé refuse de se conformer à une demande en bonne et due forme, c'est au tribunal arbitral qu'il appartiendra de décider si le refus est justifié.

12. Au lieu d'énoncer des conditions précises comme celles qui sont mentionnées au paragraphe précédent, les parties peuvent rédiger une disposition en termes généraux, indiquant que chaque partie mettra à la disposition de l'autre des documents pertinents pour le différend et que le tribunal arbitral devra apprécier s'il doit être satisfait à une demande de documents.

13. Pour se prononcer lorsqu'il y a désaccord sur ce point, le tribunal arbitral tiendra compte, entre autres choses, des principes des droits nationaux applicables aux cas dans lesquels la partie est fondée à refuser de remettre un document. Les motifs de refus peuvent concerner, par exemple, la défense nationale, les relations diplomatiques entre pays, certaines mesures gouvernementales, certaines communications entre un client et son avocat, ou le droit d'une personne de refuser de prendre une mesure risquant de la mettre en cause.

14. Il peut être utile d'établir un calendrier pour la soumission d'une demande de documents, pour la production des documents ou pour toute autre réponse à la demande. Il faudrait rappeler aux parties que le tribunal arbitral sera libre de tirer ses conclusions de la non-production par une partie d'un document ayant fait l'objet d'une demande en bonne et due forme.

G. Dispositions relatives aux preuves matérielles

Ordre du jour : i) Chercher à savoir si des preuves matérielles autres que des documents seront présentées;

ii) Chercher à savoir s'il sera nécessaire que le tribunal arbitral effectue une inspection sur place de biens ou de marchandises.

Remarques

Point i

1. Il peut être nécessaire, pour bien comprendre les faits, d'évaluer des preuves matérielles autres que des documents (par exemple, en inspectant des échantillons de marchandises ou d'autres matériaux, en visionnant un film, en examinant une maquette ou en démontrant le fonctionnement d'une machine). Il peut être utile de chercher à savoir si une partie a l'intention de soumettre de telles preuves, de façon à pouvoir prendre des dispositions appropriées, par exemple fixer un calendrier pour la présentation des pièces, faire en sorte que l'autre partie ait la possibilité de se préparer pour la présentation des preuves, éventuellement prendre des mesures pour préserver les pièces.

Point ii

2. Si une partie ou le tribunal arbitral ont l'intention de demander une inspection sur place de biens ou de marchandises, il peut être utile de déterminer les dispositions qui seront prises à ce propos et le calendrier de cette inspection.

3. Le site à inspecter est souvent sous le contrôle de l'une des parties, ce qui signifie généralement que les employés de cette partie seront présents pour donner des indications et des explications. Afin d'éviter des communications entre les arbitres et un représentant ou un employé d'une partie en l'absence de la partie adverse, il faut prêter une attention particulière aux invitations, à la date et au lieu des rencontres. En outre, il ne faut pas oublier que, sauf si ces employés sont entendus comme témoins, les réponses aux questions qui leur sont posées sur le site ne sont pas des témoignages et ne doivent pas être considérées comme preuves dans le cadre de la procédure.

H. Arrangements relatifs aux témoignages

Ordre du jour : Les points suivants peuvent être examinés :

i) Communications écrites concernant les témoignages;

ii) Manière de procéder à l'audition des témoins;

iii) Manière de recevoir les témoignages des personnes associées à une partie.

Remarques

Point i

1. A moins que le règlement convenu ne prévoit des dispositions concernant l'annonce de témoignages et l'audition de témoins, on pourra examiner la question de savoir si la partie présentant des témoins ne devrait pas être tenue de soumettre, avant l'audience, au tribunal arbitral et à l'autre partie, des communications écrites concernant les témoignages correspondants. On pourrait prévoir que de telles communications devraient contenir certains des éléments suivants ou tous ces éléments :

a) Les noms et adresses des témoins et la ou les langues utilisées dans leurs déclarations orales;

b) Les sujets sur lesquels les témoins feront leurs déclarations orales; au lieu d'avoir à indiquer simplement les sujets de ces déclarations, les parties peuvent être tenues de soumettre des résumés des déclarations que doivent faire les témoins; une autre possibilité est de prévoir l'obligation de présenter les textes intégraux de ces déclarations signés par les témoins;

c) Des précisions sur les qualités et l'expérience des témoins, leurs relations éventuelles avec l'une quelconque des parties et la manière dont ils ont eu connaissance des faits sur lesquels ils doivent faire leurs déclarations.

En donnant des instructions aux parties, il peut être également utile d'indiquer la précision attendue des déclarations et des résumés.

2. Comme tous les systèmes juridiques ne prévoient pas de telles pratiques en matière de témoignages, il est souhaitable que le tribunal arbitral qui y recourt s'assure que les parties comprennent bien ce que le tribunal désire.

3. Les communications écrites soumises avant les audiences peuvent faciliter et hâter la procédure en permettant à la partie adverse de mieux se préparer pour les audiences et aux deux parties de déterminer les questions non contestées. Si une communication reproduit la déclaration intégrale d'un témoin, les parties pourront parfois convenir de ne pas procéder à l'audition de ce témoin et de s'en remettre entièrement à sa déclaration écrite.

4. Une question à trancher est celle de savoir si les communications devront être échangées simultanément ou consécutivement. Dans certains cas, on peut estimer que la première partie à présenter la déclaration écrite d'un témoin accorde un avantage à la partie adverse dans la mesure où les témoins de cette dernière pourront adapter leurs propres déclarations écrites aux témoignages écrits déjà recueillis. Un échange simultané des déclarations des témoins est donc parfois jugé préférable. (Voir également, ci-après, le point iii de la section J, Arrangements relatifs aux pièces écrites, sur l'ordre de présentation de ces pièces.)

5. Le tribunal peut préciser qu'il se réserve le droit de refuser d'entendre un témoin à une audience si la communication requise ne lui est pas présentée à temps.

6. Les pratiques et les lois diffèrent quant à la question de savoir si les déclarations écrites de témoins doivent être assermentées. S'il en est ainsi, on pourra encore se demander comment et devant qui le serment devra être prêté. Il est donc souhaitable d'adopter en la matière une solution pratique, acceptable pour les deux parties. Parmi les diverses solutions possibles, on peut notamment éviter de recourir à un serment traditionnel et demander simplement aux témoins de signer une déclaration écrite certifiant la véracité des faits qu'ils rapportent.

Point ii

7. En matière d'arbitrage, les lois nationales ne prévoient généralement pas de règles précises pour l'audition des témoins ni l'obligation de respecter les règles correspondantes

utilisées dans les procédures judiciaires. Tant que les principes d'équité et d'égalité des parties sont observées, il est donc possible d'adopter à cet égard des mesures appropriées à l'affaire considérée. Il est souhaitable, avant l'audience, de préciser autant que possible la manière dont les témoins doivent être entendus de façon à éviter toute surprise et à permettre aux parties de se préparer pour les audiences.

8. Pour l'audition des témoins, les participants préfèrent ordinairement des pratiques dérivées de méthodes traditionnelles qu'ils connaissent en matière de procédure judiciaire. Ces méthodes traditionnelles découlent plus ou moins d'un des deux principaux systèmes de droit procédural. Selon un de ces systèmes, il est en principe laissé aux parties le soin de recueillir des preuves et de les produire au cours de la procédure orale. C'est donc à la partie qui présente un témoin qu'il revient de lui poser des questions, et à la partie adverse de vérifier la véracité des réponses données en procédant à un contre-interrogatoire. Dans ce système, le rôle du juge est limité au contrôle de ce processus. Selon l'autre des deux systèmes, les juges tendent à participer plus activement à l'interrogatoire des témoins. Un important élément de ce système tient à ce que le juge est censé être aussi bien informé que possible des questions de fait examinées en audience et se voit soumettre à cet effet préalablement les allégations écrites et les preuves correspondantes.

9. La méthode à adopter pour interroger les témoins peut s'inspirer de l'une des deux approches suivantes :

- Le témoin peut être d'abord interrogé par le tribunal arbitral, après quoi la partie qui a présenté ce témoin est appelée à l'interroger à son tour et l'autre partie peut procéder ensuite à un contre-interrogatoire sous le contrôle du tribunal arbitral;
- Le témoin est interrogé par chacune des parties dans un ordre approprié, le tribunal arbitral assurant le contrôle de ce processus et ayant la possibilité de poser lui-même des questions durant ou après l'interrogatoire par les parties.

10. Les pratiques arbitrales varient quant au degré de contrôle du tribunal arbitral sur la procédure orale. C'est ainsi que certains arbitres préfèrent laisser aux parties la possibilité de poser librement et directement des questions aux témoins, sous réserve d'un contrôle de ce processus par le tribunal arbitral, comprenant notamment le droit d'écarter telle ou telle question; d'autres arbitres considèrent qu'une partie ne peut poser des questions à un témoin que par l'intermédiaire du tribunal arbitral. Il est souhaitable de mettre au plus tôt les choses au point à cet égard.

11. Lorsque plusieurs témoins doivent être entendus au cours de plus d'une journée ou deux, il est probablement possible de réduire les frais y relatifs en déterminant à l'avance l'ordre dans lequel ces témoins feront leurs dépositions. Chaque partie peut être invitée à suggérer l'ordre dans lequel elle se propose de présenter ses témoins, mais il revient au tribunal arbitral d'approuver cet ordre et d'autoriser qu'on s'en écarte.

12. Certains arbitres sont favorables à la règle selon laquelle, sauf si les circonstances ne l'exigent autrement, la présence d'un témoin dans la salle d'audience doit être limitée au temps pendant lequel il fait sa déposition. Le but ainsi recherché est d'éviter que les témoins ne soient influencés par ce qu'ils peuvent entendre en cours d'audience. D'autres arbitres considèrent en revanche que la présence d'un témoin durant les dépositions d'autres témoins peut être avantageuse dans la mesure où de possibles contradictions peuvent être immédiatement élucidées et où cette présence peut dissuader d'autres témoins de faire des déclarations inexactes. Selon une autre méthode possible, les témoins ne sont pas ordinairement présents dans la salle d'audience avant d'être appelés à témoigner, mais peuvent rester dans la salle après leur déposition.

13. Les témoignages font parfois l'objet de procès-verbaux sténographiques. Des résumés des témoignages peuvent être aussi dictés par un arbitre, ordinairement l'arbitre-président. Dans d'autres cas, les participants prennent seulement des notes personnelles et aucun résumé ni procès-verbal des témoignages ne figure dans le dossier écrit de la procédure. (Voir également le point vi de la section L, Audiences, ci-après.)

Point iii

14. La personne dont on doit recueillir des informations concernant les faits peut être associée à l'une des parties au différend, dont elle peut être un agent, un dirigeant ou un employé. Il existe des différences entre les divers systèmes juridiques quant à la question de savoir si de telles personnes intéressées au règlement du différend peuvent être entendues comme témoins. Dans certains systèmes juridiques, ces personnes ne peuvent témoigner, et il peut être alors nécessaire d'examiner les critères permettant de déterminer quelles personnes ou catégories de personnes doivent être ainsi écartées. Si certaines personnes ne sont pas autorisées à témoigner, il peut être utile de considérer comment le tribunal arbitral pourra en recueillir des informations.

15. Lorsque des personnes intéressées au règlement du litige peuvent être entendues comme témoins, on s'accorde largement à reconnaître que leurs déclarations relatives aux faits doivent, à certains égards, être traitées différemment de celles d'autres témoins. Les différences typiques en la matière sont les suivantes : si le tribunal arbitral peut discrétionnairement décider si tel ou tel témoin doit être entendu, il n'a pas cette faculté à l'égard d'un agent d'une partie; alors qu'un agent doit être autorisé à être présent dans la salle d'audience pendant toute la durée des audiences, le tribunal arbitral peut décider que tel ou tel témoin ne doit pas être présent lors de l'audition d'autres témoins ou de l'administration d'autres preuves; en outre, si les témoins sont tenus de prêter serment, une telle obligation peut ne pas être appropriée dans le cas d'un agent.

I. Arrangements relatifs aux témoignages d'experts

Ordre du jour : i) Examiner les procédure pertinentes à prendre en considération si le tribunal arbitral se propose de désigner un expert ou plusieurs experts si nécessaire;

ii) Demander si l'une ou l'autre des parties se propose de présenter des experts comme témoins et, si tel est le cas, considérer la procédure à suivre à cet égard.

Remarques

1. Souvent, plusieurs questions concernant les témoignages d'experts sont traitées dans le règlement d'arbitrage convenu ou les règles de procédure applicables. Pour ce qui est de la désignation d'experts, tant le tribunal arbitral que les parties peuvent dans de nombreux cas demander à un expert de témoigner. Dans d'autres cas, c'est aux parties que revient le soin de présenter des témoignages d'experts. Dans cette dernière hypothèse, la conférence préparatoire devrait se limiter à examiner le point ii.

2. Si, au stade de la tenue de la conférence préparatoire, le tribunal arbitral ne peut encore se prononcer sur la question de savoir s'il devrait désigner un expert, l'examen de ce point pourra être reporté.

Point i

3. L'examen de la question de la désignation possible d'un expert par le tribunal arbitral peut être particulièrement utile lorsque, même si le tribunal est habilité à désigner un expert, les parties peuvent craindre que l'avis de quelqu'un qu'elles ne connaissent pas n'influe sur le règlement du différend. Il peut être également utile de soulever cette question lorsque le tribunal arbitral estime ne pas avoir besoin d'un avis d'expert ou préfère même, si un expert est nécessaire, ne pas en désigner un, ce qui peut influer sur la manière dont les parties présenteront leurs preuves.

4. Si un expert doit être désigné par le tribunal arbitral, les questions suivantes peuvent être examinées : *a)* la procédure de désignation; *b)* le mandat de l'expert; *c)* la manière dont les parties seront appelées à participer à l'évaluation du rapport de l'expert, en présentant notamment des experts désignés par elles; et *d)* les frais correspondants.

5. Le tribunal arbitral peut désigner un expert de plusieurs manières. Il peut, par exemple, désigner une personne jouissant de la confiance des arbitres. Il peut aussi demander l'avis des parties en la matière, ce qu'il peut faire en leur présentant une liste de candidats possibles ou en demandant à chaque partie d'établir une telle liste en vue de déterminer un candidat mutuellement acceptable. Le tribunal arbitral peut souhaiter tenir compte de toutes les circonstances de l'espèce pour choisir la manière de désigner un expert et déterminer la mesure dans laquelle il est souhaitable de s'efforcer de désigner un expert agréé par les parties.

6. Le mandat de l'expert doit spécifier les questions sur lesquelles ce dernier doit fournir des éclaircissements, sans soulever de points sur lesquels l'expert n'a pas à se prononcer. Même si la formulation du mandat de l'expert relève du tribunal arbitral, celui-ci peut souhaiter consulter auparavant les parties à cet égard. Pour permettre d'évaluer plus facilement le rapport de l'expert, il est souhaitable de demander à celui-ci d'y inclure des informations sur la méthode qu'il aura utilisée pour parvenir à ses conclusions, ainsi que sur les preuves et les renseignements sur lesquels il se sera fondé. Comme les questions dont doit traiter le rapport sont ordinairement techniques et précises, on demande d'habitude à l'expert de présenter un rapport écrit. Lorsqu'une procédure orale est prévue, il est normal de demander à l'expert d'être prêt à témoigner oralement sur son rapport.

7. Étant donné que, conformément aux principes généraux de la procédure arbitrale, les parties sont habilitées à contredire le rapport de l'expert ou à présenter des observations à son sujet, il peut être utile d'examiner, à la conférence préparatoire, la manière d'y procéder et les délais pour ce faire. Si l'expert doit présenter un rapport écrit, les parties doivent avoir la possibilité de soumettre à son sujet des observations par écrit. Si, en plus d'un rapport écrit ou, dans des cas exceptionnels, au lieu d'un rapport écrit, il est prévu d'entendre en audience les explications de l'expert, il serait conforme aux principes généraux de la procédure arbitrale de donner à chacune des parties la possibilité d'interroger l'expert à cette occasion et de présenter un expert comme témoin sur les points traités dans le rapport de l'expert désigné par le tribunal.

8. Lorsque les sommes consignées à titre d'avance sur frais risquent de ne pas être suffisantes pour couvrir les frais d'un expert désigné par le tribunal, il peut être nécessaire de préciser à la conférence préparatoire que des sommes supplémentaires devront être consignées dès qu'une estimation des coûts des services de l'expert sera établie.

Point ii

9. Si une partie se propose de présenter un ou plusieurs experts comme témoins, il peut être décidé que chaque expert doit être annoncé à l'avance et être disposé à comparaître pour répondre à des questions, comme les autres témoins (voir les points i et ii ci-dessus de la section H, Arrangements relatifs aux témoignages).

J. Arrangements relatifs aux pièces écrites

Ordre du jour : Il peut être utile d'examiner :

i) S'il sera demandé aux parties, de présenter d'autres pièces écrites que la requête et la réponse correspondante, ou si les parties se proposent de le faire;

ii) Le stade auquel ces pièces écrites seront présentées;

iii) Si le tribunal arbitral s'attend à ce que les pièces sur un point particulier soient présentées consécutivement ou simultanément;

iv) La structure des pièces;

v) Le calendrier de présentation des pièces;

vi) A qui les pièces doivent être soumises.

Remarques

Point i

1. Après avoir présenté au tribunal arbitral la requête et la réponse correspondante, les parties peuvent souhaiter soumettre d'autres exposés écrits fournissant des explications sur des éléments de preuve ou des points de droit, analysant les faits, admettant ou niant des allégations ou faisant des propositions ou y répondant, ou le tribunal peut leur demander de présenter de tels exposés. On désigne ordinairement ces exposés écrits sous le nom de mémoire, contre-mémoire, réplique, duplique, etc. Ces termes peuvent résul-

ter d'une terminologie consacrée ou refléter la séquence de présentation des pièces correspondantes.

2. Outre ces exposés, les parties peuvent d'autre part produire d'autres pièces, comme :

- La liste des points en litige (voir ci-dessus la section D, Définition des points litigieux et ordre dans lequel ils seront tranchés, point i, remarque 4);
- Des textes concernant le droit applicable au fond du différend, tels que des textes de loi, de jurisprudence ou de doctrine juridique;
- La liste des affaires judiciaires ou d'autres précédents mentionnés dans les déclarations des parties;
- La chronologie des événements (dans les cas complexes, une liste des événements intéressant l'affaire, présentée dans un ordre chronologique, est parfois établie afin de faciliter les discussions et les références à tel ou tel événement; la liste peut comprendre à la fois des faits contestés et des faits non contestés);
- Une liste de personnes (parmi les personnes dont les noms peuvent être mentionnés au cours de la procédure, un certain nombre peuvent ne pas être connues de chaque participant; il peut être utile, pour faciliter les choses, de disposer d'une liste de ces personnes. Chaque entrée de la liste peut comprendre le nom et les présentes fonctions de la personne considérée, ainsi peut-être que d'autres détails, comme ses fonctions durant les événements à l'origine de l'affaire, ses fonctions subséquentes, son adresse et sa nationalité).

Point ii

3. Si aucune audience ne doit être tenue, les pièces présentées doivent permettre de trancher le litige. Si des audiences sont prévues, les pièces écrites sont souvent soumises préalablement de manière à clarifier les questions en cause et permettre aux participants de se préparer aux audiences. Si de nouvelles questions sont soulevées en cours d'audience, il peut être demandé ou autorisé de présenter ultérieurement des pièces. Comme de telles pièces visent essentiellement à élucider les questions en suspens, leur présentation est ordinairement soumise à des délais plus courts que dans le cas des pièces à présenter avant les audiences.

4. Selon les procédures suivies par certains tribunaux arbitraux, toutefois, il n'est pas demandé aux parties de présenter des preuves ou des arguments juridiques par écrit au tribunal arbitral avant les audiences. Dans ce cas, le tribunal arbitral pourra examiner s'il conviendrait de le faire.

Point iii

5. Les pièces concernant un point particulier peuvent être présentées consécutivement, la partie qui reçoit une pièce se voyant accorder un certain délai pour y répondre. Cette partie peut de la sorte concentrer ses arguments sur les points soulevés, et cette méthode a donc l'avantage de permettre de recueillir rapidement les vues des parties en la matière. On peut cependant relever un inconvénient possible tenant à ce que la partie qui prépare un exposé pour répondre aux arguments et aux propositions de l'autre partie peut ainsi le faire au mieux de ses intérêts. On peut y remédier en accordant aux parties le même délai pour communiquer au tribunal arbitral des exposés sur une question déterminée; si les deux parties se conforment à cette demande, chaque exposé sera transmis simultanément à l'autre partie. (Pour une considération connexe relative à la préparation des témoignages, voir ci-dessus la section H, Arrangements relatifs aux témoignages, remarque 4).

Point iv

6. Il convient d'ordinaire qu'un exposé soit structuré de façon à énoncer les faits, indiquer les conséquences juridiques et exprimer des vues ou propositions; la réponse peut être structurée de façon à admettre ou nier les faits énoncés dans l'exposé de la partie adverse, indiquer tous faits supplémentaires, présenter des observations sur les conséquences juridiques telles qu'elles sont formulées ou interprétées dans la déclaration à laquelle il est fait réponse, fournir probablement une interprétation juridique différente et exprimer des vues ou propositions.

Point v

7. Il est souhaitable que le tribunal arbitral fixe des délais pour la présentation de pièces écrites. En faisant respecter ces délais, le tribunal arbitral peut s'assurer que l'affaire n'est pas dûment retardée, tout en s'efforçant de garantir une certaine souplesse en acceptant la présentation tardive de pièces s'il juge approprié de le faire en l'espèce. Les considérations pouvant amener le tribunal arbitral à accepter une présentation tardive peuvent tenir, par exemple, à des préoccupations d'équité, au contenu de la pièce tardivement soumise et au souci de donner à chacune des parties le sentiment d'avoir pu pleinement présenter ses arguments. Quoi qu'il en soit, il peut être utile de n'accepter une présentation tardive que sous réserve d'une explication de la partie en cause et d'une décision spéciale à cet effet. (Voir ci-dessus la section F, Arrangements relatifs aux pièces justificatives, point i.)

Point vi

8. L'échange d'exposés écrits peut intervenir de différentes manières dans le cadre d'une procédure arbitrale. Une partie peut ainsi communiquer des exposés au tribunal arbitral étant entendu que ce dernier en transmettra une copie à l'autre partie. Lorsqu'une institution est chargée d'administrer l'affaire, une autre possibilité consiste à communiquer les exposés à l'institution, que celle-ci transmet ensuite au tribunal arbitral et à l'autre partie. Les parties peuvent encore échanger directement des pièces, en en envoyant une copie au tribunal arbitral. Lorsqu'un secrétaire ou un greffier du tribunal arbitral a été désigné (voir la section O ci-dessous), une de ses fonctions peut être d'organiser la transmission des pièces entre les parties et le tribunal arbitral.

K. Détails pratiques relatifs aux pièces et aux exposés écrits

Ordre du jour : Examiner certains détails pratiques relatifs aux pièces et aux exposés écrits, tels que le nombre d'exemplaires dans lequel chaque document écrit devra être soumis; un sys-

tème uniforme de numérotation des pièces; une méthode d'identification des pièces, par exemple au moyen d'étiquettes; l'obligation pour chacune des parties, lorsqu'elle fait référence à un document, de l'identifier par son titre et le numéro qui lui a été attribué; l'obligation de numéroter les paragraphes des documents établis pour la procédure afin de faciliter des références précises aux différentes parties d'un texte; la question de savoir si les traductions figureront dans le même document que le texte original ou seront soumises séparément; les dimensions désirables du papier utilisé pour les exposés écrits de façon à faciliter une tenue ordonnée des dossiers.

Remarque

Il pourrait être utile d'établir des arrangements pratiques comme ceux mentionnés ci-dessus, notamment lorsqu'il y a lieu de prévoir une documentation volumineuse.

L. Audiences

Ordre du jour : Examiner s'il convient de tenir des audiences; dans l'affirmative, il peut être utile de discuter les points suivants :

i) Quelle sera la durée prévue des audiences ? Les audiences se tiendront-elles durant des journées consécutives ou seront-elles séparées ? Quel sera le calendrier des audiences ?

ii) Le tribunal arbitral devrait-il fixer des limites à la durée de la présentation des exposés et témoignages oraux ?

iii) Dans quel ordre les parties présenteront-elles leurs exposés oraux ? Des déclarations liminaires ou récapitulatives seront-elles présentées ?

iv) Les parties pourront-elles soumettre un résumé écrit des arguments présentés oralement ? Dans l'affirmative, les résumés devraient-ils être soumis lors des audiences ou pourraient-ils l'être peu après ?

v) Les témoins seront-ils tenus de prêter serment et, dans l'affirmative, sous quelle forme, compte tenu de la loi du lieu de l'arbitrage régissant la prestation de serment ?

vi) Sous quelle forme des notes pourront-elles être prises lors des audiences ?

Remarques

1. Les lois nationales comportent souvent des dispositions, parfois obligatoires, sur la question de savoir s'il y a lieu de tenir une procédure orale et si le tribunal arbitral est libre de décider de tenir ou non des audiences. De nombreux règlements d'arbitrage traitent aussi de cette question.

[2. Les avantages de la procédure orale sont notamment les suivants : lorsque des éléments de preuve se contredisent, lorsque l'exactitude d'une déclaration écrite concernant des faits est douteuse, ou lorsque les arguments présentés dans les documents doivent être clarifiés, il est habituellement plus rapide et plus facile de traiter ces questions dans le cadre d'une procédure contradictoire orale plutôt que par correspondance, que les deux parties doivent d'abord recevoir et à laquelle elles doivent avoir la possibilité de répondre. En outre, la procédure orale offre au tribunal arbitral l'occasion d'indiquer aux parties, de manière équitable et impartiale, quelles sont, à son avis, les forces et les faiblesses de leurs arguments respectifs, ce qui conduit ordinairement à une présentation plus efficace des arguments en question. Les inconvénients de la procédure orale peuvent cependant être notamment les suivants : les frais des déplacements nécessaires peuvent être élevés; la présentation d'une affaire en audience demande de l'expérience et du savoir-faire, ce qui rend souvent nécessaire l'intervention de spécialistes; dans les affaires concernant des professionnels spécialisés, souvent retenus des mois à l'avance, il peut être difficile de convenir d'un calendrier rapide des audiences.]

Point 1

3. Lorsque des audiences doivent être tenues, les attitudes diffèrent quant à leur durée appropriée et la manière dont elles doivent être organisées. Selon certains praticiens, la plupart, sinon la totalité des arguments et éléments de preuve doivent être présentés oralement en audience, tandis que d'autres tendent à s'en remettre davantage aux documents et préfèrent limiter les audiences aux questions que l'échange de pièces écrites n'a pas réussi à clarifier. Une conférence préparatoire est une occasion utile d'élucider ces points.

4. Lorsque l'on s'attend à ce que les audiences durent plusieurs jours, on peut en prévoir le déroulement de différentes manières. Lors de certains arbitrages, on prévoit ordinairement que les audiences se poursuivront jour après jour jusqu'à la fin. Certains praticiens recommandent qu'après trois ou quatre jours, on interrompe les audiences une journée pour revoir les notes, analyser les progrès effectués et examiner ce qu'il faut faire au cours de la série d'audiences suivante. Dans d'autres arbitrages, on a tendance à prévoir, au lieu d'une seule longue série d'audiences, plusieurs séries d'audiences s'étalant chacune sur deux ou trois jours et consacrées à tel ou tel aspect de l'affaire. C'est ainsi que les audiences initiales peuvent être consacrées à l'audition de témoins et les audiences ultérieures aux exposés oraux.

[5. Une série continue d'audiences présente l'avantage d'entraîner de moindres frais de déplacement, de permettre aux participants de se concentrer sur l'ensemble de l'affaire et d'en régler tous les aspects, de ne pas laisser le souvenir des débats s'estomper et d'assurer à la procédure un meilleur rythme de déroulement, sans que les personnes représentant une partie aient à changer. Par contre, plus la série d'audiences est longue, plus il est difficile de trouver des dates acceptables pour tous les participants. Des séries séparées d'audiences offrent, quant à elles, l'avantage de pouvoir être ordinairement plus faciles à prévoir et de laisser du temps pour l'analyse des dossiers et la tenue de négociations entre les parties en vue de rapprocher leurs vues sur les questions restant à régler. Tout en maintenant son impartialité, le tribunal arbitral peut aider à ce rapprochement en donnant aux parties son avis sur les questions en suspens.]

6. Quelle que soit la méthode choisie pour le déroulement des audiences, il peut se faire que de nouveaux éléments de preuve apparaissent, que de nouvelles questions surgissent au cours des audiences ou que les parties ne soient pas en mesure, durant la période prévue, de produire toutes leurs preuves et de présenter tous leurs arguments. Le risque de telles éventualités peut être réduit grâce à une rigoureuse planification lors d'une conférence préparatoire, mais il peut être utile de prévoir du temps pour faire face à ces contingences.

7. Si, lors de la tenue de la conférence préparatoire, les points litigieux n'ont pas encore été entièrement définis par un échange de pièces écrites, le tribunal arbitral est habituellement peu disposé à fixer, dès ce moment, les dates des audiences. Il peut en résulter que, lors de la fixation de ces dates, certains des participants (comme des conseils spécialisés ou des témoins experts) ne sont plus disponibles faute d'avoir été prévenus suffisamment à l'avance. On peut remédier à cet inconvénient en stipulant, à la conférence préparatoire, des dates provisoires, étant entendu que ces dates devront être soit confirmées, soit modifiées, dans un délai raisonnable convenu.

Point ii

8. Quant à la durée de la présentation des exposés et témoignages oraux, le tribunal arbitral peut souhaiter discuter avec les parties du temps qu'elles pensent nécessaire à cet égard. Sur la base des vues des parties, le tribunal arbitral pourra allouer à chacune d'elles un nombre d'heures approprié pour présenter ses exposés et interroger ses témoins ou ceux de la partie adverse. Il convient ordinairement d'allouer le même temps à chacune des parties, à moins qu'une solution différente n'apparaisse souhaitable. Le tribunal arbitral peut également vouloir que les parties s'engagent expressément à respecter les délais impartis. Un tel calendrier et un contrôle judicieusement ferme de la part du tribunal arbitral pour le faire respecter doivent permettre aux parties de mieux préparer leurs exposés et d'éviter que l'une d'elles n'utilise inéquitablement un temps excessif.

9. Le respect des limites souhaitables assignées à la durée des audiences sera d'autre part facilité si l'on s'attache à donner aux exposés écrits une structure appropriée et un caractère approfondi, sans que ces exposés soient indûment longs.

Point iii

10. Conformément à de nombreux règlements d'arbitrage et à de nombreuses lois nationales, le tribunal dispose, au titre de ses attributions en matière de conduite des débats, de larges pouvoirs pour déterminer l'ordre des interventions aux audiences. Comme les modalités d'organisation des audiences diffèrent, la clarification avant les audiences, d'une manière générale tout au moins, de l'ordre des interventions ne peut que renforcer le caractère prévisible et équitable de la procédure. [Pour déterminer cet ordre des interventions, il peut être tenu compte des deux modalités de procédure suivantes.]

[11. Le tribunal arbitral n'étant pas censé être entièrement au courant des questions qui seront soulevées en audience, il est normal que le requérant se voie accorder assez de temps pour exposer, dans une déclaration liminaire, les faits, les principaux arguments et ce que les preuves qui seront produites en cours d'audience viseront à montrer. Après quoi, le requérant pourra appeler et interroger ses témoins, et le défendeur pourra vérifier les déclarations desdits témoins en les interrogeant à son tour. Le défendeur sera ensuite prié de faire sa déclaration liminaire et d'interroger ses témoins, qui pourront être interrogés après par la partie adverse. A la fin, le défendeur et le requérant auront la possibilité de présenter des déclarations récapitulatives.]

[12. Lorsque, grâce à un échange de pièces justificatives et d'exposés écrits, le tribunal arbitral a été informé, avant les audiences, des points en litige, les déclarations liminaires des parties peuvent être sans doute beaucoup plus courtes que dans le cas visé dans le paragraphe précédent, voire inutiles. Si des témoins doivent être entendus, leur audition intervient habituellement après les déclarations liminaires, après quoi sont présentés les exposés oraux. Le requérant est souvent appelé d'abord à exprimer ses vues et le défendeur a le droit d'y répondre. Suivant un tel schéma symétrique pouvant comporter plusieurs séries d'échanges d'arguments, le défendeur est souvent supposé intervenir en dernier, quoique le tribunal arbitral puisse parfois permettre au requérant, qui a la charge d'établir le bien-fondé de sa demande, d'avoir le dernier mot.]

[13. Les modalités de procédure ci-dessus ne sont que des exemples susceptibles d'être adaptés aux circonstances de l'espèce et aux préférences des arbitres et des parties.]

Point iv

14. Certains praticiens soumettent au tribunal arbitral et à l'autre partie des notes résumant leurs exposés oraux en fin d'audience ou peu après. Dans certains cas, ces notes sont remises avant l'audience.

15. En vue d'éviter des surprises, d'encourager l'égalité entre les parties et de faciliter la préparation des audiences, il est souhaitable de discuter à la conférence préparatoire de la question de savoir si et comment des notes pourront être prises et échangées. Le tribunal arbitral peut estimer utile d'insister sur le fait que les notes ne devraient donner qu'un résumé des déclarations et ne devraient donc pas contenir de nouveaux éléments de preuve ou de nouveaux textes ou arguments juridiques, ni en faire état.

Point v

16. Les pratiques et les lois diffèrent sur le point de savoir si un témoin doit déposer oralement sous serment. Dans certains systèmes juridiques, les arbitres sont habilités à faire prêter serment au témoin, mais il ne s'agit ordinairement que d'une faculté qu'ils peuvent exercer discrétionnairement. Dans d'autres systèmes juridiques, les témoignages sous serment sont soit inconnus, soit jugés impropres étant donné que seul un officier public, comme un magistrat ou un notaire, sont en mesure de faire prêter serment. (Voir également ci-dessus la section H, Arrangements relatifs aux témoignages, remarque 6.)

Point vi

17. Diverses méthodes sont possibles à l'égard de la prise de notes en cours d'audience. Les membres du tribunal arbitral peuvent par exemple prendre des notes personnelles. L'arbitre-président peut aussi dicter à un dactylographe un résumé des déclarations orales après ces dernières. Des dispositions peuvent encore être prises pour que tout ce qui est dit en audience soit enregistré ou que des sténographes professionnels prennent des notes et que des procès-verbaux soient établis dans un délai déterminé et même parfois le lendemain. Le tribunal arbitral peut vouloir examiner avec les parties ces diverses méthodes, préciser les arrangements correspondants et, si des professionnels doivent être engagés, décider de l'imputation des frais correspondants.

18. Si l'on prévoit d'établir des procès-verbaux, on peut convenir de la manière dont les auteurs des déclarations pourront en vérifier l'exactitude. On peut stipuler, par exemple, que les rectificatifs éventuels devront être approuvés par les parties ou, à défaut d'un tel accord, seront soumis à un des arbitres ou au tribunal arbitral. Si le tribunal arbitral désigne un secrétaire, il peut lui confier le soin de vérifier ces rectificatifs.

M. Langue de la procédure

Ordre du jour : Si les parties ne sont pas convenues de la langue ou des langues à utiliser dans la procédure, il y a lieu de déterminer ce point.

Remarques

1. Il est utile que les parties règlent dès que possible la question de la langue ou des langues à utiliser dans la procédure, de préférence dès le moment où il convient d'en tenir compte dans le choix des arbitres, des représentants ou des conseils juridiques. Si la question n'a pas été réglée au début de la procédure arbitrale, de nombreux règlements d'arbitrage et de nombreuses lois nationales de procédure habilitent le tribunal arbitral à le faire.

2. Quoi qu'il en soit, il peut être utile d'examiner à la conférence préparatoire la mesure dans laquelle l'accord des parties ou la décision du tribunal arbitral doivent être appliqués. Il peut se poser en particulier la question de savoir si certains types de documents qui ne sont pas établis dans la langue de la procédure pourront être soumis dans leur version originale ou s'ils devront être accompagnés d'une traduction. Les participants peuvent notamment vouloir préciser dans quelle mesure des textes peut-être longs concernant le droit de fond applicable à l'affaire, tels que des textes de lois, de jugements ou de commentaires, devraient être traduits.

3. S'il doit être fait recours à des services d'interprétation durant les audiences, il est souhaitable d'étudier les arrangements à prendre en conséquence; il peut être en outre décidé si les frais correspondants seront couverts à partir des sommes consignées à titre d'avance sur frais et répartis entre les parties avec les frais de la procédure, ou si ces frais d'interprétation devront être directement payés par chaque partie.

N. Appui administratif

Ordre du jour : Demander l'avis des parties sur le type et l'importance des services administratifs nécessaires à la procédure arbitrale, la manière de se les procurer et les frais correspondants.

Remarque

1. En matière d'appui administratif, l'arbitrage peut par exemple demander l'utilisation de salles de réunion, de services de photocopie, d'enregistrement sonore et de transcription de bandes, ainsi que l'administration des sommes consignées pour couvrir les frais. L'institution arbitrale à laquelle des parties ont soumis une affaire prend ordinairement les dispositions nécessaires pour la fourniture de ces services. D'autres entités, comme des chambres de commerce, des hôtels ou des entreprises spécialisées fournissant des services de secrétariat peuvent également assurer ces services.

O. Secrétaire ou greffier du tribunal arbitral

Ordre du jour : Demander si le tribunal arbitral peut désigner une personne (secrétaire, greffier ou administrateur) chargée de s'acquitter des tâches administratives sous sa direction.

Remarques

1. Il existe différentes pratiques et attitudes à l'égard de la désignation d'un secrétaire (greffier, administrateur ou autres termes analogues) du tribunal arbitral. Dans certaines régions ou certains lieux d'arbitrage, un secrétaire du tribunal arbitral est fréquemment désigné, dans certains types d'affaires tout au moins, mais il n'est pas procédé partout à une telle désignation.

2. Selon certaines pratiques arbitrales, si un secrétaire doit être désigné, c'est le tribunal arbitral qui procède habituellement d'office à cette désignation, alors que, d'après d'autres pratiques arbitrales, cette désignation n'a lieu qu'après consultation entre le tribunal arbitral et les parties.

3. Quant aux tâches qui peuvent être dûment assignées à un secrétaire, les pratiques et attitudes diffèrent également. Les tâches confiées en fait au secrétaire d'un tribunal administratif peuvent être groupées en deux catégories :

a) Arrangements organisationnels, qui peuvent comprendre des tâches comme celles d'administrer les sommes consignées pour couvrir les frais, de réserver des salles de réunion, de réserver des billets de transport et des chambres d'hôtel pour les arbitres, de s'assurer de la disponibilité du matériel nécessaire (photocopieuses, machines de traitement de texte, appareils d'enregistrement, etc.), de prévoir des fournitures de bureau, de superviser ou coordonner les activités du personnel d'appui (dactylographes, sténographes, éditeurs de procès-verbaux, archivistes, traducteurs, interprètes, etc.), et d'engager aussi parfois le personnel;

b) Assistance au tribunal arbitral en matière de recherche juridique et dans d'autres domaines spécialisés, pouvant inclure des tâches comme celles de rassembler la jurispru-

dence pertinente ou les matériaux publiés sur des questions spécifiées par le tribunal arbitral, d'établir des résumés de cas de jurisprudence et de publications et parfois aussi d'élaborer des projets de décisions de procédure ou des projets de parties de la sentence, en particulier celles concernant les faits en cause.

4. Les types de tâches visés à l'alinéa *a* du paragraphe qui précède ne posent habituellement pas de problème. Les tâches relevant de l'alinéa *b* peuvent cependant soulever des difficultés, notamment si la tâche peut être considérée comme impliquant la délégation d'une fonction revenant aux arbitres, ou si la tâche requiert la présence du secrétaire durant les consultations du tribunal arbitral. De l'avis de certains auteurs, un tel rôle est en effet inadmissible, ou acceptable seulement sous réserve de certaines restrictions dont les deux parties peuvent convenir et à condition que cette participation du secrétaire n'aille pas à l'encontre des principes fondamentaux de la procédure arbitrale.

P. Lieu de l'arbitrage

Ordre du jour : i) Si le lieu de l'arbitrage n'a pas été déterminé, examiner cette question, notamment l'emplacement même de l'arbitrage;

ii) Examiner s'il convient de tenir une partie de la procédure arbitrale en dehors du lieu d'arbitrage.

Remarques

Point i

1. On peut déterminer le lieu de l'arbitrage en spécifiant une juridiction (comme l'Égypte ou la Colombie britannique au Canada), une ville ou un emplacement dans une ville (comme les bureaux d'une chambre de commerce ou un hôtel). On s'accorde généralement à reconnaître que l'arbitrage est régi par la loi de procédure applicable au lieu de l'arbitrage. Selon certaines législations nationales, les parties peuvent cependant soumettre l'arbitrage à la loi de procédure d'une juridiction autre que celle où a lieu l'arbitrage.

[2. Divers facteurs peuvent influer sur le choix du lieu de l'arbitrage. Parmi les plus importants d'entre eux, on peut citer les suivants : *a)* raisons de commodité pour les parties et les arbitres; *b)* disponibilité des services nécessaires à la procédure arbitrale; *c)* frais liés au lieu de l'arbitrage; *d)* emplacement de l'objet du différend et accès aux moyens de preuve; *e)* caractère approprié de la loi de procédure arbitrale du lieu de l'arbitrage; *f)* mesure dans laquelle on peut éventuellement disposer de l'assistance et de la supervision d'un tribunal judiciaire dans le lieu de l'arbitrage (pour ce qui est, par exemple de la désignation, de la récusation et du remplacement d'un arbitre; des contestations de la compétence du tribunal arbitral; des demandes d'annulation de la sentence; ou de la reconnaissance ou de l'exécution de la sentence; *g)* l'existence éventuelle d'un traité multilatéral ou bilatéral entre l'État où l'arbitrage a lieu et l'État ou les États où il pourra être donné effet à la sentence.]

3. Si les parties ne sont pas convenues du lieu de l'arbitrage, de nombreux règlements habilitent le tribunal arbitral à déterminer ce lieu. Les institutions arbitrales peuvent avoir des règles spéciales quant à la détermination du lieu de l'arbitrage ou peuvent même spécifier l'emplacement particulier où l'arbitrage doit se dérouler.

Point ii

4. Le règlement d'arbitrage convenu ou la loi nationale applicable à l'arbitrage peuvent permettre au tribunal arbitral de mener une partie de la procédure arbitrale en dehors du lieu de l'arbitrage. Le tribunal arbitral peut estimer qu'il sera plus efficace ou moins coûteux de se réunir en dehors du lieu de l'arbitrage pour inspecter des biens ou des documents, entendre un témoin, recueillir des témoignages d'expert ou tenir des consultations entre ses membres, par exemple.

Q. Dispositions impératives régissant la procédure arbitrale

Ordre du jour : [i) Demander aux parties d'exprimer leurs vues sur la question de savoir s'il existe, dans la loi applicable à l'arbitrage, des dispositions auxquelles les parties ne peuvent déroger et qui énoncent des obligations supplémentaires non formulées dans aucun règlement d'arbitrage applicable;]

ii) Demander aux parties s'il est nécessaire ou opportun de déposer la sentence auprès d'une autorité ou de la communiquer aux parties d'une certaine manière.

Remarques

Point i

[1. Le tribunal arbitral a l'obligation de prendre connaissance et d'interpréter la loi applicable en matière de procédure, y compris les dispositions impératives à cet égard, et ne peut déléguer cette obligation aux parties. La demande visée à l'alinéa i de ce point de l'ordre du jour ne peut donc être qu'un des moyens dont le tribunal arbitral peut prendre connaissance de la loi en matière de procédure. Une telle demande peut être utile, par exemple, lorsque le tribunal arbitral ne connaît pas suffisamment la langue de la loi du lieu de l'arbitrage ou ne dispose que de moyens limités pour s'informer complètement de cette loi, qui peut contenir des dispositions impératives qu'on ne trouve pas communément dans les systèmes juridiques.]

[2. De nombreuses lois nationales de procédure prévoient un ensemble de principes et de règles impératives largement acceptés, quoique formulés différemment et variant dans le détail. Il découle de ces principes et règles que, par exemple, la convention d'arbitrage doit être conclue sous une forme particulière; que les parties doivent être traitées sur un pied d'égalité et que chacune d'elles doit avoir la pleine possibilité de présenter ses moyens; qu'un arbitre doit être impartial et indépendant, et qu'une procédure de récusation est possible lorsque l'impartialité et l'indépendance d'un arbitre sont en cause; que le tribunal arbitral doit trancher un différend conformément aux règles de droit et qu'une décision en qualité d'"amiable compositeur" (*ex aequo et bono*) exige

l'autorisation expresse des parties; que la sentence arbitrale doit être écrite et signée; et que, dans certains cas, un tribunal de l'État dans lequel l'arbitrage a lieu est compétent pour intervenir dans l'arbitrage, notamment pour décider de la compétence du tribunal arbitral, du mandat d'un arbitre ou pour annuler la sentence.]

[3. Les principes et règles impératifs largement considérés comme acceptables dans les lois nationales sont formulés dans la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, texte qui a été adopté par consensus international. Il y a cependant lieu de noter que les lois nationales fondées sur la Loi type peuvent contenir des règles impératives supplémentaires.]

Point ii

4. Selon certaines lois nationales, les sentences doivent être déposées auprès d'un tribunal ou d'une autorité analogue ou y être enregistrées, ou doivent être communiquées sous une forme particulière ou par l'intermédiaire d'une autorité particulière. Ces lois diffèrent en ce qui concerne, par exemple, le type de sentence auquel lesdites obligations s'appliquent (à savoir toutes les sentences ou seulement celles rendues sous les auspices d'une institution arbitrale); les délais pour déposer, faire enregistrer ou communiquer la sentence (dans certains cas, ces délais peuvent être plutôt courts); ou les conséquences du non-respect de ces obligations (pouvant entraîner, par exemple, l'invalidité de la sentence ou l'incapacité de lui donner effet d'une manière particulière).

5. Si de telles obligations existent, il peut être souhaitable de clarifier des détails comme ceux relatifs aux délais, aux frais, ainsi que la question de savoir qui, parmi les participants à l'arbitrage, doit prendre les mesures correspondantes nécessaires.

R. Arbitrage multipartite

Ordre du jour : Lorsque l'arbitrage fait intervenir plus de deux parties, examiner l'organisation de la procédure.

Remarques

1. Un seul arbitrage faisant intervenir plus de deux parties (arbitrage "multipartite") peut découler de nombreuses situations différentes, parmi lesquelles on peut citer les suivantes :

a) Il se peut que dans une affaire, un événement particulier donne lieu à des différends entre plusieurs paires de parties. Cela peut se produire, par exemple, à l'occasion d'un contrat de construction où un arbitrage doit trancher deux différends résultant d'un défaut de construction, à savoir un différend entre l'acheteur et le concepteur et un autre entre l'acheteur et le contractant; si les deux différends découlent du même fait et si certains des éléments de preuve peuvent être les mêmes dans les deux cas, ces différends sont cependant distincts en ce sens que le règlement de l'un ne préjuge pas nécessairement celui de l'autre;

b) Un autre exemple est celui d'un arbitrage entre deux parties, mais où une tierce partie peut avoir un intérêt dans le règlement du différend et est donc invitée à se joindre à la procédure en vue de présenter des preuves et faire des déclarations en faveur d'une des parties au différend. Une telle participation d'une tierce partie (parfois appelée "intervention" ou "jonction") peut avoir lieu, par exemple, dans un différend entre l'acheteur A et le vendeur B en raison d'un défaut des marchandises vendues, si la partie C, qui a elle-même vendu les marchandises à la partie B, est autorisée et disposée à intervenir dans le différend en vue d'aider à aboutir à une décision exonérant le vendeur B de toute responsabilité pour le défaut en question; la partie C a intérêt à aider à ce que la partie B soit exonérée de façon à éviter que cette dernière ne se retourne contre elle pour ce même défaut des marchandises.

c) Un autre exemple est celui d'un arbitrage entre des parties à un contrat multilatéral tel qu'une coentreprise ou un consortium, où plus de deux parties contractantes peuvent agir en tant que requérants ou défendeurs.

2. Dans un arbitrage multipartite, comme dans un arbitrage entre deux parties, il faut que toutes les parties participantes soient convenues de recourir à l'arbitrage et que le tribunal arbitral soit établi suivant une procédure agréée par toutes les parties. Si certaines conditions sont réunies, quelques lois nationales prévoient cependant la possibilité d'un arbitrage multipartite ordonné par un tribunal, même si toutes les parties n'ont pas souscrit à un tel arbitrage.

3. Du fait de la présence de plus de deux parties, la procédure multipartite peut être plus compliquée qu'une procédure bilatérale. Une conférence préparatoire permet de discuter du déroulement prévu de la procédure multipartite et de prendre des mesures pour éviter des délais et des frais superflus et assurer le respect des droits de procédure de chaque partie.

4. Il peut être utile, à la conférence préparatoire, de recenser les principaux points soulevés dans les divers différends en question, en vue de déterminer s'il serait judicieux de diviser la procédure multipartite en différentes phases. La première phase peut être consacrée à toute objection concernant la compétence du tribunal arbitral. Les phases suivantes peuvent être axées sur l'ordre approprié permettant d'aboutir dans un différend à une décision susceptible de constituer une décision préliminaire dans un autre litige (par exemple, les faits à établir dans un différend peuvent être pertinents dans un autre différend, ou la responsabilité établie dans un différend peut influer sur le règlement d'un autre différend).

5. Il peut être également utile d'examiner, à la conférence préparatoire, la possibilité de prendre des décisions à l'égard de questions comme le calendrier des audiences, les communications entre les parties et le tribunal arbitral, la manière dont les parties participeront à l'obtention de témoignages, la désignation d'experts, l'ordre dans lequel les parties feront des déclarations et la répartition du montant à consigner pour couvrir les frais.

[6. Lorsqu'il y a plusieurs différends liés entre eux, il importe de ne pas oublier qu'une décision dans un différend peut influer sur la position d'une partie dans un autre différend, et que chaque partie intéressée doit donc avoir la possibilité de présenter ses moyens sur toutes les questions qui la concernent. Lorsque certaines questions n'intéressent

pas toutes les parties en cause, il peut être utile, pour des raisons d'économie, de planifier en conséquence les audiences, compte tenu du fait que quelques-unes d'entre elles n'exigeront pas la présence de toutes les parties.]

S. Consignation du montant des frais

Ordre du jour : Examiner le montant prévu des frais de la procédure et envisager la consignation de sommes en conséquence

Remarques

1. Il est d'usage qu'à sa constitution, le tribunal arbitral demande à chaque partie de consigner une même somme à titre d'avance à valoir sur les frais de la procédure d'arbitrage. Au moment de la tenue de la conférence préparatoire, il peut être nécessaire, eu égard aux questions examinées à la conférence, de demander aux parties de consigner des sommes supplémentaires.

2. Dans les procédures d'arbitrage complexes et que l'on prévoit longues, il est parfois convenu d'échelonner les versements de sommes à titre d'avance à valoir sur les frais sur une plus longue période. Dans la mesure où une part substantielle des frais ne sera encourue qu'ultérieurement au cours de la procédure, certains tribunaux arbitraux peuvent être disposés à accepter une garantie bancaire indépendante appropriée pour couvrir ces frais.

T. Autres questions de procédure

Le tribunal arbitral peut, d'office ou sur la suggestion d'une partie, décider d'examiner toute autre question de procédure en vue de faciliter la procédure arbitrale.

V. TRAVAUX FUTURS POSSIBLES

A. Aspects juridiques du financement par cession de créances : rapport du Secrétaire général (A/CN.9/397) [Original : anglais]

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes
INTRODUCTION	1-2
I. PORTÉE DES TRAVAUX	3-19
A. Cession de créances	3-5
B. Cession-vente et cession à titre de garantie	6-9
C. Cession sans notification	10
D. Affacturage	11-12
E. Forfaitage	13
F. Titrisation	14-15
G. Financement de projets	16
H. Créances commerciales ou créances de consommateurs	17
I. Créances internationales ou nationales	18-19
II. QUESTIONS QUI POURRAIENT ÊTRE EXAMINÉES	20-51
A. Cessibilité des créances	20-25
1. Clauses de non-cession	21-23
2. Cessions globales	24-25
B. Conditions de forme	26-27
C. Effets de la cession entre le cédant et le cessionnaire	28
D. Effets de la cession à l'égard du débiteur	29-35
E. Effets de la cession à l'égard de tiers : priorités	36-42
F. Enregistrement	43-51
III. CONCLUSIONS	52-56

INTRODUCTION

1. A sa vingt-sixième session, en 1993, la Commission a examiné une note du Secrétariat présentant brièvement certains problèmes juridiques dans le domaine de la cession de créances et les travaux antérieurs et actuels sur la cession et sur des questions connexes[1]. Après avoir examiné cette note, la Commission a prié le Secrétariat de réaliser, en coopération avec UNIDROIT et d'autres organisations internationales, une étude sur la faisabilité de travaux d'unification dans le domaine de la cession de créances, afin de lui permettre de décider à sa vingt-septième session si elle devrait ou non entreprendre des travaux dans ce domaine du droit[2]. Le présent rapport a été établi comme suite à cette demande. Il est axé sur la cession de créances en tant que technique juridique utilisée à des fins de financement.

2. Afin de déterminer s'il serait possible d'entreprendre des travaux sur le financement par cession de créances, la première partie du rapport traite de la portée éventuelle de ces travaux et définit à cette fin les notions utilisées dans le rapport; la deuxième partie du rapport traite de certains problèmes que pose la cession de créances et présente des solutions qui pourraient être adoptées dans d'éventuelles règles uniformes, qu'il s'agisse d'une convention ou d'une loi type. Ayant été prié d'établir ce rapport en coopération avec UNIDROIT et d'autres organisations internationales, le Secrétariat a soumis à UNIDROIT, à la Conférence de La Haye de droit international privé et à la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD) une ver-

[1] A/CN.9/378/Add.3.

[2] *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-huitième session, Supplément n° 17* (A/48/17), par. 301.

sion préliminaire du rapport, pour observations. En outre, le Secrétariat devait présenter oralement ce rapport au Conseil de direction d'UNIDROIT à sa prochaine session (Rome, 9-14 mai 1994).

I. PORTÉE DES TRAVAUX

A. Cession de créances

3. On utilise dans la pratique l'expression "financement par cession de créances" pour décrire une large gamme d'opérations ayant pour objet d'obtenir un financement sur la base de créances. Ce financement peut être lié à des opérations complexes, telles que les coentreprises, d'autres arrangements contractuels ou l'émission de garanties[3]. Dans le cas de la cession de créances, une partie ("le cédant") transfère à une autre partie ("le cessionnaire") des créances qu'il a à l'encontre d'un tiers ("le débiteur") au titre d'une opération distincte de vente ou de location de biens, de mise à disposition d'installations ou de fourniture de services ("l'opération initiale"). La cession est effectuée en exécution d'une opération de vente ou de crédit dans laquelle le cédant est le débiteur et le cessionnaire le créancier ("l'opération sous-jacente"). En anglais, on utilise souvent le mot "receivables" pour décrire ce type de créances, bien qu'il ne semble pas y avoir de définition généralement acceptée de ce mot. Le financement par cession de créances peut faire intervenir une cession-vente ou une cession à titre de garantie (voir par. 6 à 9), une cession sans notification (voir par. 10), l'affacturage (voir par. 11 et 12), le forfaitage (voir par. 13), voire des techniques plus complexes telles que des formes particulières de titrisation et de financement des projets (voir par. 14 à 16).

4. Il semblerait à la fois souhaitable et possible d'entreprendre des travaux d'unification dans le domaine du financement par cession de créances. Les divergences des systèmes juridiques sur cette question et le fait que les États exigent en général que l'on se conforme à leurs conditions et formalités pour qu'une cession soit valide et opposable au débiteur et à des tiers peuvent avoir pour conséquence qu'une cession soit valide dans l'État où elle est conclue et ne soit pas opposable au débiteur dans un autre État. En outre, les incertitudes du droit résultant de l'absence de règles modernes appropriées sur la cession de créances peuvent empêcher de recourir à cette technique dans un cadre transfrontalier. Ainsi, les parties sont souvent contraintes d'abandonner ce mode de financement dans le commerce international et de recourir à d'autres modes de financement sans doute plus onéreux tels que les découverts, les lettres de crédit ou les garanties à l'exportation, ou de garantir des créances au moyen de garanties bancaires ou de lettres de crédit, ou encore d'accepter que des créances soient cédées pour une valeur sensiblement moins importante que leur valeur nominale, étant donné que le cessionnaire court le risque de ne pouvoir encaisser une partie, voire la totalité, de cette valeur.

5. Les récents travaux d'unification relatifs à un aspect de ce domaine du droit semblent indiquer qu'une unification dans le domaine du financement par cession de créances serait possible. Les conventions d'UNIDROIT sur l'affacturage international et sur le crédit-bail international (Ottawa, 1988) ont été ratifiées par deux États, et une ratification ou adhésion supplémentaire permettra leur entrée en vigueur. En outre, un certain nombre de pays dans lesquels opère la BERD sont sur le point d'adopter une législation fondée sur la loi type relative aux opérations assorties de sûretés élaborée par la BERD, ou envisagent d'adopter une telle législation.

B. Cession-vente et cession à titre de garantie

6. Les créances peuvent être soit vendues, soit utilisées à titre de garantie; en termes commerciaux, elles peuvent être cédées afin de générer des revenus (lorsqu'elles sont vendues) ou de faciliter l'accès au crédit (lorsqu'elles sont utilisées à titre de garantie). La cession-vente de créances peut être définie comme une opération par laquelle le cessionnaire acquiert un droit de propriété sans réserve sur la créance cédée et avance la totalité ou une partie de sa valeur au cédant. La cession-vente peut être avec ou sans recours, c'est-à-dire que le cédant garantit ou non le cessionnaire contre toute défaillance du débiteur. Cette cession est également appelée dans la pratique "escompte de facture" (*invoice discounting*) ou "escompte global" (*block discounting*) (voir par. 10). Dans certaines circonstances, on la désigne aussi sous le nom d'"affacturage" (voir par. 11 et 12). La cession de créances à titre de garantie consiste en une opération par laquelle le cessionnaire acquiert des droits de propriété limités sur la créance cédée, en ce sens qu'il n'est habilité à la recouvrer que si le cédant ne s'acquitte pas de ses obligations envers lui au titre de l'opération de crédit sous-jacente. On notera que, dans certaines juridictions, le cessionnaire, dans le cas d'une cession à titre de garantie, acquiert la propriété de la créance et seule l'opération sous-jacente peut limiter ses pouvoirs s'il s'agit d'une opération de crédit. Si, dans une large mesure, les mêmes questions se posent dans ces deux types de cession, il existe certaines différences. Par exemple, lorsque le cédant ne s'acquitte pas de son obligation en vertu de l'opération sous-jacente, s'il s'agit d'une cession-vente, le cessionnaire peut conserver tout excédent provenant de la créance recouvrée, alors que, dans le cas d'une cession à titre de garantie, tout excédent doit être retourné au cédant. En outre, dans le cas d'une cession à titre de garantie, si le cessionnaire recouvre la créance auprès du débiteur sans que le cédant ait manqué à ses obligations en vertu de l'opération sous-jacente, ce dernier peut exercer un recours pour rupture de contrat.

7. Il y a plusieurs moyens possibles de traiter de la cession de créances dans le contexte de règles uniformes. Il est par exemple possible, en se fondant sur une approche retenue dans certaines juridictions, de traiter de la cession en termes généraux, les questions particulières de la cession-vente étant alors régies par la législation nationale sur les ventes et les questions liées à la cession à titre de garantie l'étant par la législation nationale sur les opérations de crédit. Cette approche présenterait un inconvénient majeur : elle ne permettrait qu'une uniformisation dans une large mesure insuffisante. Une autre approche, adoptée dans d'autres juridictions, consisterait à traiter la cession essentiellement comme une opération de vente. Cela n'interdirait pas aux États d'appliquer les règles uniformes à la cession à titre de garan-

[3] Fidelis Oditah, *Legal aspects of receivables financing* (Londres, Sweet and Maxwell, 1991), p. 19.

tie également, mais cette approche ne permettrait pas de réglementer une partie importante des techniques de financement par cession de créances qui pourrait bénéficier de l'adoption de règles uniformes. En outre, on négligerait ainsi le fait que, dans une large mesure, les questions liées à la cession-vente et à la cession à titre de garantie sont identiques. De plus, cette approche aurait pour inconvénient de déboucher sur une dualité de régimes. Selon une autre approche encore, retenue dans certaines juridictions et recommandée dans le présent document, il faudrait traiter des deux types de cession dans un ensemble unique de règles, ce qui aurait pour avantage de mettre en lumière l'aspect "financement" de ces deux types de cession. La vente de créances à des fins autres que le financement — par exemple une vente uniquement pour recouvrement, une vente dans laquelle le cessionnaire doit s'acquitter des obligations du cédant en vertu de l'opération initiale, la vente de créances en paiement de dettes antérieures et la vente dans le cadre de la vente d'une entreprise — devrait sans doute être exclue. Si la plupart des questions pourront être traitées par des règles communes applicables aux deux types de cession, d'autres devront être traitées différemment, par exemple la question de la défaillance du cédant.

8. Dans certaines juridictions, la cession à titre de garantie est désignée sous le nom d'"opération assortie d'une sûreté", à savoir une opération créant une sûreté sur une créance, c'est-à-dire, pour le cessionnaire, un droit de propriété limité lui permettant de recouvrer la créance au cas où le cessionnaire ne s'acquitterait pas de ses obligations en vertu de l'opération sous-jacente. Dans ces juridictions, même les cessions-ventes sont considérées comme des opérations assorties d'une sûreté, à condition qu'elles soient effectuées à des fins de financement. Dans le même temps, ces opérations sont réglementées de manière détaillée, en ce sens qu'un ensemble unique de règles régit les opérations assorties d'une sûreté sur des biens personnels, y compris des marchandises, des équipements mobiles, des stocks, des créances et des biens incorporels. On notera que cette approche globale sera examinée par le secrétariat d'UNIDROIT qui a été autorisé par son Conseil de direction à sa soixante-douzième session, en juin 1993, à établir une étude sur le point de savoir s'il serait possible et souhaitable d'élaborer une loi type sur les opérations assorties d'une sûreté[4]. Il semblerait souhaitable que la Commission et UNIDROIT coopèrent étroitement dans le cadre de l'établissement de cette étude et de l'élaboration éventuelle de projets de règles (voir également ci-après le paragraphe 55).

9. Si l'étude d'UNIDROIT permettait d'établir s'il serait possible d'adopter une telle approche globale, il faudrait déterminer concrètement les relations entre cette activité et le projet proposé sur le financement par cession de créances et notamment déterminer si d'éventuels projets de dispositions légales sur un tel financement devraient être incorporés dans une loi type de portée considérablement plus large; il faudrait pour le moins s'efforcer de prévenir toute incompatibilité quant au fond entre des textes portant sur des opérations ayant des caractéristiques communes. On ajoutera qu'UNIDROIT risque de se heurter à ce problème sous une forme plus aiguë, étant donné qu'il a adopté lui aussi pour le moment une approche sectorielle en élaborant un projet de convention sur certains aspects des sûretés grevant le matériel susceptible d'être déplacé d'un pays dans un autre, considérant que ce travail ne pourra aboutir que si son champ d'application est étroitement limité[5].

[4]UNIDROIT 1994, C.D. (73)8.

C. Cession sans notification

10. La "cession sans notification" désigne un type de cession dans lequel le débiteur n'est pas avisé de la cession. Cette pratique est avant tout justifiée par le fait que la cession peut être considérée comme un signe de faiblesse financière ou gestionnaire du cédant. Le débiteur ne peut être avisé que dans des circonstances exceptionnelles, par exemple en cas d'insolvabilité du cédant, lorsque le cessionnaire peut éprouver le besoin de recouvrer ses créances auprès du débiteur. La cession sans notification est en soi plus risquée pour le cessionnaire, car le débiteur peut payer le cédant et être libéré de ses obligations. En outre, si l'ordre de priorité entre plusieurs cessionnaires se fonde sur la notification du débiteur ou sur l'enregistrement de la cession, un cessionnaire ultérieur avisant le débiteur en premier ou enregistrant la cession en premier aura la priorité. Parmi les types de cession sans notification, on notera l'"escompte global" (*block discounting*) et l'"escompte de facture" (*invoice discounting*). L'escompte global désigne une vente de créances sans notification dans laquelle le cessionnaire retient, outre une garantie consistant en une partie de la valeur nominale de la créance, un montant calculé en fonction de la période moyenne durant laquelle il ne disposera pas de son argent. Le cessionnaire s'engage normalement à recouvrer la créance en tant qu'agent du cédant et à garantir le paiement par les débiteurs. L'escompte de facture désigne une vente de créance sans notification dans laquelle le cédant continue d'être responsable du recouvrement en tant qu'agent du cessionnaire, qui est le donneur d'ordre occulte[6].

D. Affacturage

11. L'affacturage est souvent compris dans la pratique comme la vente de créances à des fins de financement et à d'autres fins. Toutefois, la Convention d'UNIDROIT sur l'affacturage international (ci-après dénommée la "Convention d'UNIDROIT sur l'affacturage") régit à la fois les cessions-ventes et les cessions à titre de garantie. Au sens de la Convention, les mots "contrat d'affacturage" désignent "un contrat conclu entre une partie (le fournisseur) et une autre partie (l'entreprise d'affacturage, ci-après dénommée le cessionnaire) en vertu duquel : *a)* le fournisseur peut ou doit céder au cessionnaire des créances nées de contrats de vente de marchandises conclus entre le fournisseur et ses clients (débiteurs), à l'exclusion de ceux qui portent sur des marchandises achetées à titre principal pour leur usage personnel, familial ou domestique; *b)* le cessionnaire doit prendre en charge au moins deux des fonctions suivantes : le financement du fournisseur, notamment le prêt ou le paiement anticipé; la tenue des comptes relatifs aux créances; l'encaissement de créances; la protection contre la défaillance des débiteurs; *c)* la cession des créances doit être notifiée aux débiteurs" (art. 1er). La Convention dispose en outre que le

[5]UNIDROIT 1992, Étude LXXII — Doc. 5, par. 6.

[6]Roy M. Goode, *Commercial Law* (Harmondsworth, Penguin Books, 1982), p. 856.

terme "marchandises" englobe les services (par. 3 de l'article premier) et que la Convention s'applique lorsque les créances cédées naissent d'un contrat de vente internationale de marchandises (c'est-à-dire lorsque le fournisseur et le débiteur ont leur établissement dans des États différents) et que le cessionnaire a son établissement dans un pays tiers ou lorsque le contrat de vente de marchandises et le contrat d'affacturage sont régis par la loi d'un État contractant (art. 2).

12. Ainsi, la Convention régit un nombre considérable d'opérations d'affacturage, mais pas la totalité, et un certain nombre de questions liées à l'affacturage demeurent régies par la loi nationale applicable (le titre initialement retenu pour la Convention, "projet de convention sur certains aspects du factoring international", fait clairement apparaître que cet instrument ne se voulait pas exhaustif). En particulier, la Convention ne régit pas l'affacturage dans les cas où seul est offert un financement, ou uniquement un service supplémentaire parmi ceux qui sont énumérés à l'article premier. Elle ne régit pas la cession de créances domestiques ou de créances provenant d'un crédit-bail ou d'opérations ayant pour objet de mettre à disposition des équipements ou installations. En outre, elle ne s'applique pas à la cession sans notification, par exemple à l'escompte global ou à l'escompte de factures. Dans le même temps, elle ne régit pas certaines questions liées à la cession de créances, notamment les effets de la cession à l'égard de tiers.

E. Forfaitage

13. Le forfaitage peut être décrit comme la vente de créances documentaires, c'est-à-dire de créances incorporées dans des effets de commerce, tels que des lettres de change ou billets à ordre, ou dans des lettres de crédit et garanties bancaires. Toutefois, ce terme peut être utilisé pour désigner la vente de créances non documentaires qui peuvent être garanties par une garantie bancaire ou une lettre de crédit. Il ne serait peut-être pas souhaitable d'entreprendre une unification dans le domaine du forfaitage de créances documentaires, étant donné que la cession de telles créances est déjà régie par des dispositions législatives uniformes (notamment les Lois uniformes de Genève sur les lettres de change, les billets à ordre et les chèques), ou par des règles uniformes de caractère contractuel (par exemple, la cession du produit de lettres de crédit en vertu des Règles et usances uniformes de la CCI relatives aux crédits documentaires, ou la cession du produit de garanties bancaires soumises aux Règles uniformes de la CCI relatives aux garanties sur demande), ou fait actuellement l'objet d'autres travaux d'unification (par exemple, le projet de convention de la CNUDCI sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by). En outre, on notera que les questions découlant de la cession de créances devraient être traitées différemment dans le cas de créances documentaires. Par exemple, le débiteur ne pourrait dans ce cas opposer au cessionnaire que des exceptions fondées sur le document incorporant les créances, et la priorité entre plusieurs cessionnaires devrait se fonder sur la possession du document en temps voulu. Toutefois, les travaux futurs d'unification pourraient englober le forfaitage de créances non documentaires.

F. Titrisation

14. Les travaux d'unification pourraient s'étendre à un large éventail d'opérations décrites sous le nom de "titrisation" (*securitization*) pouvant consister en la cession de créances, non entre un négociant et un établissement financier, mais entre deux établissements financiers. La titrisation peut avoir différents objets et englober une large gamme d'actifs. S'il ne semble pas y avoir de définition ou de pratique uniformes en la matière, on peut décrire la titrisation comme la transformation d'actifs non commercialisés, tels que des crédits hypothécaires, en des actifs négociables, tels que des obligations hypothécaires. Dans ses grandes lignes, la titrisation, qui peut faire intervenir la cession de créances commerciales entre deux établissements financiers à des fins de refinancement, peut être décrite comme suit : dans un premier temps, la société ou les sociétés ayant constitué un ensemble d'actifs financiers (le donneur d'ordre) peuvent les transférer à une autre société, en échange de capital-actions ou d'espèces. Dans un deuxième temps, le cessionnaire initial transfère les actifs à un organisme de placement en échange d'espèces et de titres, c'est-à-dire des actions ou des titres d'emprunt du type que l'organisme émet et vend à des investisseurs (titres garantis par des actifs). Le cessionnaire initial peut supporter tout le risque de perte sur les actifs et ne pas avoir de moyens de recours contre le donneur d'ordre. Les détenteurs des titres émis par l'organisme de placement peuvent recevoir mensuellement des intérêts à un taux donné.

15. La titrisation est une technique de financement relativement nouvelle, qui se répand à l'échelon international et peut avoir divers objets, tels que l'amélioration de la situation comptable (le remplacement sur les bilans d'actifs non disponibles par des espèces, l'amélioration du rendement des actifs et du rapport capital-actifs, ce qui peut renforcer la position du donneur d'ordre par rapport à ses créanciers), la mobilisation de capitaux (cote de crédit plus élevée pour les sûretés que celle du donneur d'ordre lui-même et réduction des frais de financement) et le respect d'une réglementation (par exemple, respect des limites en matière de crédit et du rapport capitaux permanents-actifs engagés).

G. Financement de projets

16. Les travaux dans le domaine du financement par cession de créances pourraient avoir des incidences sur le financement des projets, lorsque les recettes futures d'un projet générateur de recettes sont utilisées pour obtenir un financement. Le financement des projets peut se fonder sur une structure complexe d'opérations, faisant notamment appel à la cession de créances. Il s'agit d'une technique souvent utilisée dans les projets liés à l'exploitation de ressources naturelles ou à l'amélioration des infrastructures, par exemple la construction de centrales électriques, de ponts, d'autoroutes et d'équipements similaires. Ce type de financement des projets semble être jugé de plus en plus intéressant, notamment par les pays en développement et les pays en transition.

H. Créances commerciales ou créances de consommateurs

17. Les travaux futurs pourraient se limiter aux opérations commerciales, ou englober les opérations de consomma-

teurs. Une des raisons justifiant l'exclusion éventuelle des opérations de consommateurs est la suivante : la législation relative aux consommateurs fait en général intervenir des considérations de politique sociale que les États souhaitent en général régir eux-mêmes; aussi n'est-elle pas facile à unifier. Un autre argument peut également être avancé : à l'heure actuelle tout du moins, le volume des opérations de consommateurs à l'échelon international est sans doute trop peu important pour justifier leur examen dans un contexte international. Il serait donc sans doute préférable de limiter les travaux futurs aux créances commerciales. Par contre, la notion de "créance commerciale" peut poser quelques problèmes car, dans certaines juridictions, il n'existe pas de corpus distinct de règles commerciales. Dans d'autres juridictions, la notion de "commercial" est définie sur la base de la nature de l'opération, ou de la capacité des parties en tant que "commerçants". On notera que la Convention d'UNIDROIT sur l'affacturage, comme la Convention des Nations Unies sur les ventes, est axée sur les opérations commerciales et exclut les opérations portant sur des marchandises achetées pour un "usage personnel, familial ou domestique".

1. Créances internationales ou nationales

18. Une autre question se pose quant à la portée des travaux futurs : une loi uniforme éventuelle devrait-elle régir uniquement les créances résultant d'opérations internationales ou aussi les créances nationales ? Le critère retenu dans les conventions modernes, telles que la Convention des Nations Unies sur les ventes et la Convention d'UNIDROIT sur l'affacturage, en tant que critère unique permettant de déterminer le caractère international de l'opération, est l'établissement des parties intéressées. Une telle approche est jugée préférable par souci de simplicité et afin de maximiser la portée des travaux[7]. On pourrait arguer, en faveur d'une inclusion des créances nationales, que la certitude juridique est aussi importante à l'échelon national qu'à l'échelon international. En outre, une dualité de régimes, un régime national pour les créances nationales et un régime uniforme pour les créances internationales, pourrait constituer un obstacle au commerce en accentuant encore la diversité des régimes applicables. Par contre, une limitation de la portée des travaux futurs aux créances internationales serait conforme à l'objectif de la facilitation du commerce international. En outre, les États pourraient répugner à accepter des modifications de leurs lois nationales relatives à la cession de créances dans un contexte purement national. De plus, un ensemble de règles applicables uniquement aux opérations internationales pourrait exercer un effet unificateur même sur les opérations nationales, car les États seraient libres d'appliquer ces règles également aux opérations nationales. Il serait donc sans doute plus approprié de se limiter aux créances internationales.

19. Toutefois, il semblerait injustifié d'aller jusqu'à limiter les travaux futurs aux cessions internationales de créances internationales, c'est-à-dire lorsque le cédant et le débiteur ont leur établissement dans des pays différents. Une telle limitation reviendrait sans doute à exclure la majorité des cessions, car celles-ci sont en général nationales. En outre, le problème essentiel, qui est l'éventuelle inopposabilité d'une créance internationale, se pose, que la cession soit nationale ou internationale. De plus, si les travaux futurs se limitaient aux cessions internationales, il y aurait deux régimes juridiques régissant la cession, l'un applicable aux cessions nationales, l'autre aux cessions internationales. On notera que la Convention d'UNIDROIT sur l'affacturage s'applique à l'affacturage national et international de créances internationales.

[7] Roy M. Goode, "Reflections on the harmonization of law", *Uniform Law Review*, vol. 1 (1991), p. 64.

II. QUESTIONS QUI POURRAIENT ÊTRE EXAMINÉES

A. Cessibilité des créances

20. En général, toutes les créances sont cessibles, à moins que leur cession ne soit interdite par convention, par la loi, ou en raison de considérations d'ordre public. Les interdictions légales en la matière, par exemple l'interdiction de la cession de salaires, ne seront pas examinées ici; il ne serait en effet ni possible, ni approprié de tenter d'élaborer des règles uniformes régissant tous les types d'interdictions légales. Toutefois, les interdictions par convention et les interdictions fondées sur des considérations d'ordre public seront mentionnées ci-après, vu leur importance pratique (voir par. 21 à 25).

1. *Clauses de non-cession*

21. Les parties incluent souvent dans leur contrat une clause interdisant au créancier de céder les droits découlant dudit contrat. Les systèmes juridiques divergent quant à la validité d'une telle clause. Les cessions conclues en violation de ces clauses sont en général valides dans certaines juridictions; dans d'autres, elles ne le sont qu'entre le créancier/cédant initial et le cessionnaire; dans d'autres encore, elles ne sont dans l'ensemble pas valides.

22. Dans un texte uniforme, on pourrait par exemple envisager de ne considérer comme valide une cession conclue en violation d'une clause de non-cession que si certaines conditions sont réunies. Une telle approche aurait l'avantage de protéger le débiteur d'un certain nombre de conséquences pouvant découler d'un changement d'identité du créancier, notamment : la charge de devoir suivre la trace d'une ou plusieurs cessions; le risque de négliger un avis de cession et d'avoir à payer une deuxième fois; et le risque de ne pas pouvoir opposer au cessionnaire toutes les exceptions, qu'elles soient apparues avant ou après l'avis de cession. On pourrait par exemple imposer comme condition que, dans un certain délai, le débiteur ne s'oppose pas ou consente à une cession conclue en violation d'une clause de non-cession. Toutefois, il pourrait être difficile d'énoncer une méthode pour déterminer ce délai. En outre, le débiteur pourrait alors décider lui-même lequel des cessionnaires aurait la priorité en acceptant une cession et en s'opposant à une autre. Un tel résultat ne serait pas conforme à l'objet de la clause de non-cession, qui est de protéger les intérêts du débiteur et non de déterminer qui aura la priorité parmi plusieurs demandeurs. On pourrait également exiger que le créancier/cédant initial accepte expressément par écrit la clause de non-cession.

Toutefois, cela ne serait peut-être pas aisément applicable dans le cas du financement par cession de créances, car le cessionnaire devrait alors vérifier de manière approfondie chaque opération initiale, afin de s'assurer que le cédant a expressément accepté la clause de non-cession.

23. On pourrait également disposer, comme le fait la Convention d'UNIDROIT sur l'affacturage, que la cession peut être réalisée nonobstant toute convention entre le fournisseur et le débiteur prohibant une telle cession. Une telle règle faciliterait la pratique du financement par cession de créances, car la cessibilité serait alors illimitée. En outre, on pourrait considérer que les débiteurs n'ont pas besoin de la protection supplémentaire que veut leur offrir la clause de non-cession, car ils ont dans une large mesure la possibilité d'invoquer des exceptions, y compris un droit à compensation contre les cessionnaires. Le débiteur devra sans doute engager des dépenses pour suivre la trace des cessions et éviter des erreurs comptables et autres, mais cela peut être considéré comme une dépense normale dans le cadre de ses activités. On notera que, pour tenir compte des exigences des États qui se sont fermement prononcés en faveur de la validité des clauses de non-cession, une exception à la règle ci-dessus a été incluse à l'article 6 de la Convention d'UNIDROIT sur l'affacturage. Cette disposition permet aux États de faire une déclaration aux termes de laquelle une cession contraire à la clause de non-cession n'aura pas d'effet à l'égard du débiteur qui, lors de la conclusion de l'opération initiale, a son établissement dans l'État faisant la déclaration.

2. *Cessions globales*

24. Les cessions globales de créances futures ne sont pas valides, dans certaines juridictions, parce que contraires à l'ordre public, notamment si lesdites créances découlent de contrats n'existant pas au moment de la cession. Dans ces juridictions, les tribunaux s'efforcent d'aplanir les obstacles au financement par cession de créances en reconnaissant la validité des cessions globales de créances futures, à condition que les détails (c'est-à-dire le montant et l'identité du débiteur) soient déterminés "ou déterminables" au moment où naissent lesdites créances[8].

25. Selon une approche qui a été retenue à l'article 5 de la Convention d'UNIDROIT sur l'affacturage, on pourrait disposer que les cessions globales de créances existantes ou futures ne sont valides qu'entre le cédant et le cessionnaire, la question de la validité de la cession à l'égard de tiers étant régie par la loi nationale applicable. Une telle règle présenterait un inconvénient : une seule et même cession globale pourra être valide entre les parties à la cession et ne pas l'être pour le débiteur et les tiers. De fait, le débiteur pourra affirmer que la cession n'était pas valide pour lui, payer le cédant et être libéré de son obligation. De même, si la cession n'est valide qu'entre le cédant et le cessionnaire, les créanciers du cédant pourront saisir les créances au motif que la cession n'était pas valide pour eux; ainsi, les créances seraient perdues pour le cessionnaire. Selon une autre approche, largement adoptée dans les systèmes juridiques nationaux, on pourrait reconnaître en général la validité des cessions globales de créances futures. Une telle approche faciliterait le financement par cession de créances. Les intérêts du débiteur seraient protégés, dans la mesure où il ne serait pas tenu de payer le cessionnaire avant d'avoir reçu notification de la cession (pour ce qui est des intérêts des tiers, voir par. 36 à 42).

[8]Hein Kötz, "Rights of third parties. Third party beneficiaries and assignment", in *International Encyclopedia of Comparative Law* (Tübingen, Mohr (Paul Siebeck), 1992), vol. VII, chap. 13, par. 82.

B. Conditions de forme

26. Les systèmes juridiques divergent largement quant aux conditions de forme. Dans certaines juridictions, la cession doit être écrite, alors que, dans d'autres, une cession purement orale suffit. De ce fait, une seule et même cession peut être considérée comme valide dans un pays et non valide dans un autre. Un autre problème peut se poser : dans une même juridiction, il peut être difficile de déterminer quelles sont les conditions de forme d'une cession particulière, car ces conditions peuvent différer selon le type de cession (par exemple, cessions-ventes et cessions à titre de garantie).

27. Il semblerait que l'"écrit", défini avec souplesse, constituerait une condition de forme appropriée car, même dans les juridictions où les cessions orales sont valides, les parties tendent à établir un écrit. Aucune autre condition de forme ne sera sans doute nécessaire pour que la cession soit valide entre les parties. Outre l'écrit, on pourra exiger la notification du débiteur. Toutefois, en imposant une telle condition, on risque de créer des obstacles à la cession, notamment à la cession sans notification, sans pour cela offrir une protection supplémentaire au débiteur, car de toute façon ce dernier, en l'absence de notification, ou s'il n'a pas connaissance de la cession, pourra refuser de payer le cessionnaire.

C. Effets de la cession entre le cédant et le cessionnaire

28. Les effets de la cession sur le cédant et le cessionnaire, pour ce qui est de leurs relations entre eux, sont en général régis par le contrat de cession qu'ils ont conclu; pour ce qui est du débiteur, ils sont fonction des dispositions de l'opération initiale. Dans la pratique, les parties à un financement par cession de créances tendent à être très précises quant à leurs droits et obligations. En outre, en vertu des principes généraux du droit contractuel, le cédant et le cessionnaire doivent s'abstenir de tout acte qui pourrait faire obstacle ou nuire à l'objet de la cession. En l'absence d'une convention suffisamment détaillée, la question sera régie par les dispositions de la loi. Ces dispositions traitent en général de la mesure dans laquelle le cédant garantit l'existence et l'opposabilité des créances et la solvabilité du débiteur. Il semble y avoir peu de différences entre les systèmes juridiques sur ce point. En général, le cédant qui reçoit un montant pour ses créances est réputé en garantir l'existence. Cette garantie serait nulle si le cessionnaire acquérait les créances sans en payer le prix, à moins que le cédant ne donne explicitement une garantie. En outre, le cédant ne garantit en général pas la solvabilité du débiteur, sauf convention contraire expresse.

D. Effets de la cession à l'égard du débiteur

29. Toutes règles relatives à la cession doivent avoir pour premier objectif d'équilibrer deux considérations : d'une part, permettre aux parties de mobiliser des créances pour obtenir un financement, et, d'autre part, veiller à ce que la situation juridique du débiteur, qui n'est pas partie à la cession, ne soit pas affaiblie du fait du changement d'identité du créancier. Deux grandes questions se posent dans ce contexte, à savoir les conditions qui doivent être remplies pour que la cession produise ses effets à l'égard du débiteur et les exceptions que ce dernier peut opposer au cessionnaire.

30. Si une cession peut être valide et contraignante pour le cédant et le cessionnaire, elle n'a pas d'effet sur le débiteur si une autre condition n'est pas remplie. Pour que le débiteur soit tenu de payer le cessionnaire, il doit avoir connaissance de la cession, mais les systèmes juridiques diffèrent sur le point de savoir si le débiteur doit être avisé de la cession ou si tout autre acte a pour conséquence de lui faire prendre connaissance de la cession. En outre, les systèmes juridiques exigeant une notification divergent quant aux effets de la connaissance qu'a le débiteur de la cession au cas où aucune notification n'est donnée.

31. L'exigence d'une notification écrite complète protégerait le débiteur de toute ambiguïté imputable à l'absence de notification, par exemple lorsque le débiteur a obtenu des informations sur la cession, mais ne connaît ni l'identité du cessionnaire, ni la valeur exacte des créances cédées. Les questions liées à la notification écrite sont les suivantes : les moyens modernes de communication tels que le télécopieur ou l'échange de données informatisées seront-ils inclus ? Quelle sera la teneur minimum de la notification (par exemple une identification raisonnable des créances cédées et du cessionnaire) ? Quelle partie peut donner notification, le cédant ou le cessionnaire (par exemple, lorsque le cessionnaire est autorisé par le cédant à donner notification) ? La notification produit-elle ses effets lorsqu'elle est expédiée, reçue ou effectivement lue par le débiteur ? Une autre question devra également être traitée : le débiteur n'ayant pas été officiellement avisé de la cession, mais en ayant connaissance, peut-il payer le cédant et être libéré de son obligation ?

32. Les systèmes juridiques diffèrent quant aux exceptions que le débiteur peut opposer au cessionnaire. Selon une approche adoptée dans certaines juridictions, le débiteur est autorisé à opposer au cessionnaire toute exception découlant du contrat ayant donné naissance aux créances cédées, que ces exceptions précèdent ou non la cession ou sa notification. Selon une approche retenue dans certaines autres juridictions, le débiteur est autorisé à opposer des exceptions découlant d'un contrat distinct entre lui et le cédant, si lesdites exceptions précèdent la notification de la cession, quelle que soit la date à laquelle les créances sont devenues exigibles. Dans d'autres juridictions encore, les exceptions découlant d'un contrat séparé entre le débiteur et le cédant sont permises, à condition qu'elles portent sur des créances exigibles à la fois au moment de la notification et au moment où les créances cédées deviennent exigibles. Selon une approche plus libérale retenue dans certaines juridictions, ces exceptions sont autorisées quel que soit le moment où la notification a lieu, ou le moment où les créances cédées sont exigibles.

33. Les systèmes juridiques divergent sur deux autres questions intéressantes liées aux exceptions opposables par le débiteur au cessionnaire demandant le paiement des créances cédées : le type de preuve que le débiteur est habilité à demander, en cas de doute quant à la conclusion de la cession; et la question de savoir si le cessionnaire doit rembourser au débiteur toute avance, au cas où le cédant ne se serait pas acquitté de son obligation envers le débiteur au titre de l'opération initiale. Pour ce qui est de la première question, on peut par exemple, comme l'on fait certaines juridictions, disposer que le débiteur peut demander une preuve "raisonnable". Un des avantages de cette approche est que le terme "raisonnable" est bien connu; même dans les juridictions où il n'a pas de sens juridique technique, il est bien compris dans la pratique. Cette approche présente aussi un inconvénient : l'utilisation du terme "raisonnable" peut être source d'incertitude et d'imprévisiblité, car son sens sera fonction des circonstances dans lesquelles la cession a été conclue. On pourra également exiger une preuve écrite, afin de promouvoir la certitude et la prévisibilité. Pour ce qui est de la deuxième question, une des approches possibles, qui a été retenue à l'article 10 de la Convention d'UNIDROIT sur l'affacturage, consiste à disposer que le cessionnaire n'a pas à rembourser toute avance qu'aura pu verser le débiteur, sauf en cas d'enrichissement sans cause ou de mauvaise foi de la part du cessionnaire. Il peut y avoir enrichissement sans cause lorsque le cessionnaire reçoit paiement du débiteur, mais n'a pas payé le cédant au moment où le débiteur demande le remboursement des avances qu'il a versées. Le cessionnaire peut être de mauvaise foi si, par exemple, il paie au cédant les créances cédées, alors qu'il sait que le cédant ne s'est pas acquitté de ses obligations envers le débiteur au titre de l'opération initiale.

34. D'autres questions peuvent se poser pour lesquelles une unification ne serait sans doute ni nécessaire ni réalisable : le débiteur peut-il oppposer des exceptions découlant d'opérations distinctes entre lui et le cessionnaire, ou entre lui et d'autres cédants qui pourraient avoir cédé leurs créances au même cessionnaire ? En cas de cessions ultérieures, le débiteur peut-il opposer au dernier cessionnaire demandant paiement toute exception qu'il aurait pu opposer à un cessionnaire précédent ?

35. Les exceptions opposables au cessionnaire par le débiteur rendent incertaine la possibilité pour le cessionnaire d'obtenir paiement. Pour cette raison, dans la pratique, des clauses de renonciation aux exceptions sont souvent incluses dans les dispositions contractuelles de l'opération initiale. Dans la plupart des juridictions, de telles clauses convenues au moment de la conclusion de l'opération initiale sont en général confirmées dans un cadre commercial, mais pas nécessairement dans le cadre d'opérations de consommateurs[9]. Certaines juridictions reconnaissent les clauses de renonciation convenues entre le débiteur et le cessionnaire après que le débiteur a été avisé de la cession, dans la mesure où elles portent sur des exceptions dont le débiteur savait ou aurait dû savoir au moment de la renonciation qu'il pouvait les opposer. Dans d'autres juridictions, l'acceptation par le débiteur de la cession, oralement ou par écrit, peut être interprétée comme une renonciation à la totalité ou à une partie des exceptions qu'il aurait pu opposer au cessionnaire,

[9] *Ibid.*, par. 99.

à condition qu'il apparaisse clairement et sans aucun doute que le débiteur acceptant la cession avait l'intention de renoncer auxdites exceptions.

E. Effets de la cession à l'égard de tiers : priorités

36. La cession étant considérée, dans la plupart des juridictions, comme un contrat entre le cédant et le cessionnaire, elle produit des effets entre eux. Toutefois, la cession étant également un mode de transfert de propriété, elle peut aussi avoir des effets à l'égard de tiers, par exemple plusieurs cessionnaires en conflit, les créanciers ou l'administrateur judiciaire du cédant. Les systèmes juridiques diffèrent quant au point de savoir si les effets de la cession à l'égard de tiers découlent de la cession elle-même ou d'un acte additionnel, tel que la notification du débiteur ou l'enregistrement de la cession. Autre question connexe, l'ordre de priorité entre plusieurs créanciers faisant valoir la même créance. La question de la priorité se pose essentiellement si les créances cédées sont les principaux actifs restant au cédant, notamment en cas de faillite de ce dernier; en effet, dans le cas contraire, le cédant pourra satisfaire ses créanciers avec d'autres éléments d'actif. Il peut notamment se produire un conflit de priorité entre plusieurs cessionnaires, du fait de cessions multiples de la même créance découlant d'un acte frauduleux ou d'un abus du cédant; entre le cessionnaire et l'administrateur judiciaire qui peut, par exemple, chercher à invalider la cession au motif qu'elle constitue une opération frauduleuse; entre le cessionnaire et les pouvoirs publics en tant que créanciers fiscaux du cédant. Comme les conflits de priorité avec un administrateur judiciaire ou les pouvoirs publics peuvent faire intervenir des considérations de politique générale touchant aux domaines social, économique et politique, il est sans doute mieux qu'ils soient régis par la loi nationale applicable; ils pourraient aussi être traités dans le cadre d'éventuels travaux d'unification sur l'insolvabilité internationale. Le présent rapport ne traitera que des conflits de priorité entre plusieurs cessionnaires, ou entre le cessionnaire et les créanciers du cédant.

37. Si la question des effets à l'égard de tiers et la question connexe des priorités est importante pour certains types de cession, elle n'est pas d'une importance cruciale pour d'autres types de cession, notamment la titrisation dans laquelle le risque d'insolvabilité du cédant est en général réduit, étant donné qu'il s'agit le plus souvent d'une institution financière; le forfaitage, dans lequel les créances peuvent faire l'objet d'une garantie bancaire ou d'une lettre de crédit stand-by, le cessionnaire pouvant, en cas d'insolvabilité du cédant, être payé en vertu de la garantie bancaire ou de la lettre de crédit; et le financement des projets, dans lequel le cessionnaire peut obtenir diverses garanties, outre les ressources qui pourront découler du projet financé.

38. Selon une approche retenue dans certaines juridictions, la priorité est donnée au premier cessionnaire, au motif qu'une fois que le cédant a cédé une créance, elle ne lui appartient plus; aussi ne peut-il la céder une deuxième fois. Selon cette approche, les créanciers du cédant ne peuvent saisir la créance, puisque, à compter de la cession, elle ne lui appartient plus. Selon une approche similaire, adoptée récemment dans une juridiction afin de faciliter la cession de créances commerciales dans le contexte d'opérations financières, la priorité est donnée au cessionnaire détenant un document (bordereau) signé par le cédant, énumérant les créances, en fonction de la date dudit document (article 4 de la loi Dailly). Une telle approche présente l'avantage de la simplicité et de la certitude, car en aucun cas un cessionnaire ultérieur ne pourra prévaloir. Elle pose toutefois un problème, car elle n'offre aucune protection à des cessionnaires ultérieurs ou aux créanciers du cédant qui auront peut-être octroyé un crédit au cédant en acceptant les créances comme garantie et qui n'ont aucun moyen de savoir si ces créances ont déjà été cédées.

39. Il peut également être possible de donner la priorité au premier cessionnaire avisant le débiteur. En cas de saisie des créances par les créanciers du cédant, le cessionnaire prévaudra s'il a avisé le débiteur avant la saisie. Cette approche est notamment justifiée par le fait que, puisque la propriété d'un bien n'est en règle générale transférée que si le cessionnaire en prend possession, la propriété d'une créance ne devrait être transférée que s'il était donné notification au débiteur, ce qui peut être considéré comme l'équivalent le plus proche de la prise de possession. Cette règle offre une certaine protection aux diverses parties, notamment les créanciers éventuels du cédant, qui sont à même de déterminer si le débiteur a reçu un avis relatif à une cession précédente avant d'octroyer un crédit au cédant. Toutefois, l'application d'une telle règle sera peut-être difficile dans le domaine du financement par cession de créances car les tiers devront sans doute effectuer des vérifications auprès d'un grand nombre de débiteurs recevant de nombreux avis. En outre, les débiteurs ne pourraient être contraints de donner des informations à des tiers ou être tenus responsables en cas de fourniture d'informations inexactes ou fausses.

40. Selon une autre approche encore, on pourrait accorder la priorité au premier cessionnaire enregistrant la cession auprès d'un service public d'enregistrement. En cas de saisie des créances cédées, le cessionnaire prévaudrait si la date d'enregistrement était antérieure à la date de la saisie (pour un examen de la question de l'enregistrement, voir par. 43 à 51). Selon une autre approche fondée sur un type différent d'enregistrement, on accorderait la priorité au cessionnaire qui, le premier, ferait enregistrer la cession sur les livres commerciaux du cédant. Un tel système présente toutefois des inconvénients. Il pourra être considéré comme peu fiable, étant fondé sur l'hypothèse que le cédant enregistrera correctement toutes les cessions. Au cas où le cédant ne mettrait pas à jour ses livres ou ferait une erreur dans l'enregistrement, ou enregistrerait en premier une cession ultérieure, le premier cessionnaire perdrait sa priorité et n'aurait pas de recours contre le cédant si ce dernier devenait insolvable. Pour aplanir les difficultés liées à ce système, on pourrait par exemple exiger du cédant qu'il présente ses livres au cessionnaire, afin que ce dernier puisse vérifier l'enregistrement de la cession ou puisse lui-même l'enregistrer. Toutefois, l'utilité d'un tel système pourrait être mise en doute, étant donné les difficultés qui risquent de se poser et le temps et les dépenses qu'il faudra consacrer à l'enregistrement de cessions globales et à l'accès aux informations enregistrées.

41. Si l'on ne peut trouver une solution de droit positif au problème des priorités, on pourra envisager une solution fondée sur le droit international privé. Par exemple, on pourra

disposer que les effets de la cession à l'égard de tiers et la question connexe de la priorité seront régis par la loi de l'État où le cédant a son établissement. Cette approche présente certains avantages. Elle offre un point de référence unique pour les cessions globales dans le contexte du financement par cession de créances, même si les débiteurs résident dans des pays différents. De plus, la loi de l'établissement du cédant est déterminable au moment de la cession, même si les dettes n'existent pas encore. En outre, le choix de cette loi semble approprié lorsqu'un enregistrement de la cession est requis, car les cessionnaires potentiels se tourneront sans doute vers l'établissement du cédant lorsqu'ils souhaiteront déterminer si les créances ont déjà été cédées. Cette approche peut toutefois poser des problèmes : il peut, par exemple, ne pas être facile de déterminer l'établissement du cédant, notamment, lorsqu'une société est enregistrée dans un lieu donné, mais opère dans d'autres lieux. Il se peut aussi que la question de la priorité soit considérée comme une question relevant du droit contractuel ou préjudiciel, du droit de la propriété, du droit des faillites ou du droit de procédure, ce qui compliquerait l'élaboration d'une règle généralement acceptable de droit international privé.

42. Il est également possible de concevoir une règle combinant des éléments de droit positif et de droit international privé en disposant que le premier cessionnaire dans le temps, le premier cessionnaire à aviser le débiteur, ou le premier cessionnaire à enregistrer la cession auprès d'un service public d'enregistrement, auront la priorité, selon l'approche suivie par la loi de l'État où le cédant a son établissement. Cette approche présentera l'inconvénient de ne pas produire de résultats uniformes. Toutefois, elle réduirait les incertitudes dans une certaine mesure et pourrait être acceptable car elle ne modifierait pas les approches actuelles de la question des priorités.

F. Enregistrement

43. L'enregistrement d'une cession peut être décrit comme l'inscription d'informations relatives à la cession sur un registre géré par un service public, afin d'attester la propriété des créances, d'aviser de la cession les tiers intéressés ou de permettre une détermination des priorités. L'enregistrement des cessions ou d'autres opérations similaires est déjà pratiqué dans certaines juridictions. Dans d'autres, il est actuellement envisagé par des commissions de réforme de la loi chargées de moderniser la législation des opérations assorties de sûretés, ou il est proposé comme solution possible au problème des priorités[10]. Dans les juridictions où l'enregistrement des cessions ou d'opérations similaires n'est pas pratiqué, la notion générale n'est pas nécessairement nouvelle, car d'autres types d'opérations ou de droits font déjà l'objet d'un enregistrement, par exemple les opérations assorties de sûretés relatives à des biens immobiliers et les opérations portant sur des droits liés à des navires, aéronefs, brevets, marques commerciales et droits d'auteur. On notera que l'enregistrement est déjà pratiqué dans un contexte international. Par exemple, l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) tient des registres pour les marques commerciales et les modèles. L'OMPI fait également office de banque de données internationales centralisée pour les brevets, ce qui permet aux utilisateurs internationaux d'avoir accès à des informations portées sur des registres nationaux. L'utilité de l'enregistrement international a déjà été reconnue au sein du Groupe d'étude d'UNIDROIT chargé d'élaborer des règles uniformes sur certains aspects des sûretés grevant le matériel susceptible d'être déplacé d'un pays dans un autre[11].

44. L'enregistrement est une question importante qui ne se pose pas uniquement dans le domaine de la cession de créances, mais aussi dans le contexte d'autres sujets de travail possibles de la CNUDCI. L'enregistrement et le transfert des droits à l'échelon international sont une question importante dans le contexte de la négociabilité des droits sur des marchandises. Le Groupe de travail sur l'échange de données informatisées a adopté à sa vingt-septième session (New York, 28 février-11 mars 1994) une recommandation à la Commission aux termes de laquelle celle-ci devrait autoriser le Groupe de travail à entreprendre des travaux préliminaires sur la négociabilité des droits sur les marchandises dès qu'il aurait achevé l'élaboration des dispositions réglementaires types sur les aspects juridiques de l'échange de données informatisées et des moyens connexes de communication de données[12]. On notera également que l'enregistrement de sûretés dématérialisées ou non certifiées, c'est-à-dire de sûretés qui n'ont pas de forme tangible, est une question importante qui sera abordée dans une note préliminaire sur les travaux futurs que le Secrétariat compte soumettre à la Commission lors d'une session ultérieure. Nombre des questions juridiques que pose l'enregistrement dans ces différents domaines sont sans doute identiques, que les droits transférés concernent des marchandises, des créances ou des sûretés; d'autres questions pourront, par contre, être différentes, selon qu'il s'agira de droits sur des marchandises, des créances ou des sûretés.

45. Il semble qu'une solution fondée sur l'enregistrement permettrait de protéger les intérêts des tiers et offrirait un critère objectif sur la base duquel les conflits de priorité pourraient être réglés. En outre, les dépenses et délais nécessaires pour l'enregistrement ne seraient sans doute pas prohibitifs, car on pourrait recourir à un système d'enregistrement informatisé accessible par des systèmes modernes de communication. Pour ce qui est du caractère confidentiel des données relatives au cédant, qui peut être important pour son image sur le marché, on notera qu'il existe des moyens permettant de veiller à ce que l'accès à l'information enregistrée ne soit possible qu'à certaines conditions et uniquement pour les parties sur lesquelles l'enregistrement pourra produire des effets (voir le paragraphe 48). Dans ce contexte, on notera également que les données financières des sociétés, par exemple les actifs, les actifs gagés, le remboursement des emprunts, les défauts de paiement, les chèques refusés, sont, dans de nombreuses juridictions, déjà enregistrées par la banque centrale ou des banques commerciales ou d'autres institutions et sont mises à la disposition des institutions financières par le biais d'un système national ou international de télécommunications. Pour ce qui est du

[10] John Dulley, *A National Register of Personal Property Securities* (Australian Law Reform Commission, Personal Property Securities Research Paper 1); Lane H. Blumenfeld, "A hole in the bucket. The unavailability of financial credit due to the lack of a registry in Russian collateral law", *Law in Transition*, Winter/Spring 1994, p. 14.

[11] Voir UNIDROIT 1993, Étude LXXII — Doc. 7, par. 11.

[12] A/CN.9/390, par. 154 à 158.

risque de voir une condition de publicité, même restreinte, porter atteinte à la confidentialité des renseignements relatifs au cédant, on notera que les éventuels effets néfastes d'un système d'enregistrement sur la confidentialité devront être évalués compte tenu de l'avantage qu'il y aurait à faciliter l'obtention, sur la base des créances, d'un crédit d'un montant plus proche de la valeur nominale desdites créances.

46. L'enregistrement peut être effectué auprès d'un service international d'enregistrement ou d'un service central national accessible par le biais d'une banque de données internationales centralisée. Un registre international faciliterait tant l'enregistrement que l'accès aux informations. En outre, le cadre juridique d'un tel registre international exigerait l'élaboration d'un ensemble de règles uniformes qui, selon toute vraisemblance, devraient prendre la forme d'une convention. Pour ce qui est des préoccupations liées au coût de la mise en place et du fonctionnement d'un registre international, à la simplicité et à la facilité de l'enregistrement et à l'accès aux informations enregistrées, on pourrait les atténuer, du moins partiellement, en mettant sur pied un système d'enregistrement international dans le cadre d'une institution des Nations Unies qui ferait office d'autorité d'enregistrement, utiliserait les moyens existant et serait accessible dans le monde entier du fait du caractère universel du système des Nations Unies. Au cas où il se révélerait impossible de créer un registre international, on pourrait établir une banque centrale de données internationales, afin que les informations déposées sur les registres nationaux puissent être disponibles aux utilisateurs internationaux par le biais des moyens modernes de communications. Un tel système d'enregistrement ne faciliterait pas nécessairement l'enregistrement pour les créanciers internationaux, mais il pourrait faciliter l'accès aux informations enregistrées. Un enregistrement central à l'échelon national, accessible par l'intermédiaire d'une banque de données internationales centralisée, aurait pour avantage d'être plus facile à mettre en œuvre et moins coûteux, car il pourrait bénéficier des registres et banques de données nationaux existants qui, avec quelques modifications, pourraient être intégrés au nouveau système. Toutefois, un tel système d'enregistrement ne permettrait pas véritablement d'obtenir des résultats uniformes : l'enregistrement et ses effets à l'égard de tiers seraient régis par la législation nationale, et les questions liées à l'accès aux informations enregistrées pourraient être traitées soit dans une convention, soit dans une loi type. Que l'on donne la préférence à un registre international ou à une banque de données internationales centralisée, l'exemple de l'OMPI qui fait office d'autorité internationale d'enregistrement pour les marques commerciales et les modèles et de banque de données internationales centralisée pour les brevets pourrait constituer un précédent (voir par. 43).

47. L'enregistrement pose un certain nombre de questions juridiques : effets juridiques, authentification du document à enregistrer, responsabilité de l'autorité d'enregistrement en cas de non-respect des procédures d'authentification ou d'erreur dans la copie émise par l'autorité d'enregistrement sur la demande de parties intéressées, valeur probante de cette copie et enregistrement d'une déclaration de libération du cédant en cas de cession à titre de garantie.

48. On peut supposer que l'enregistrement aura un certain nombre d'effets juridiques : preuve de la propriété ou d'autres droits sur les créances; notification de la cession aux tiers; et détermination de la priorité lorsqu'il y a plusieurs demandes opposées. Une question devra être examinée : la notification pourra-t-elle produire ses effets à l'égard de tous les tiers, ou à l'égard de certaines catégories de tiers seulement, par exemple des tiers dont on pourra raisonnablement attendre qu'ils recherchent dans un registre ? Les institutions financières, notamment, qui fournissent un crédit sur la base de créances dans le cadre normal de leurs activités pourront raisonnablement être supposées rechercher dans un registre. Toutefois, pour les petits ou moyens fournisseurs de matériaux à crédit, qui conservent la propriété des matériaux jusqu'à ce qu'ils soient intégralement payés et obtiennent en tant que cessionnaires des droits sur les créances découlant de la revente du produit final, il sera sans doute difficile de faire de telles recherches. Une autre question se posera si l'enregistrement fait office de système d'établissement des priorités : le premier cessionnaire à enregistrer sera-t-il réputé avoir la priorité sur les cessionnaires n'ayant pas procédé à l'enregistrement ou l'ayant fait ultérieurement, ainsi que sur les créanciers du cédant qui auraient tenté de saisir les créances cédées après l'enregistrement ? Si une telle règle est adoptée, il faudrait l'assortir d'exceptions.

49. Le document à enregistrer, c'est-à-dire le contrat de cession dans son intégralité ou un résumé, devra être authentifié. L'authentification sera nécessaire pour confirmer notamment si le cédant et le cessionnaire mentionnés dans le document enregistré sont effectivement parties à la cession et approuvent la teneur dudit document. Une question se pose à propos de la procédure d'authentification à laquelle devra se conformer l'autorité d'enregistrement : s'agira-t-il d'une méthode d'authentification convenue ou, faute de convention en la matière, d'une méthode raisonnable ou de toute méthode d'authentification ? D'autres questions connexes se posent à ce propos : la responsabilité de l'autorité en cas de non-application d'une méthode d'authentification ayant pour résultat l'enregistrement d'informations inexactes ou fausses entraînant un préjudice pour les parties, et la responsabilité des parties habilitées à enregistrer en cas de dépôt d'informations inexactes ou fausses. Il faudrait peut-être veiller à ce que le cessionnaire qui a déposé un avis inexact ou faux ne puisse en tirer parti et que ce cessionnaire soit tenu de verser des dommages-intérêts au cédant au cas où ce dernier subirait un préjudice de ce fait. La répartition de la responsabilité en cas de dépôt d'informations inexactes ou fausses ne sera sans doute pas la même si l'enregistrement est un acte commun du cédant et du cessionnaire.

50. Sur la demande des parties habilitées à obtenir accès aux informations déposées, l'autorité d'enregistrement devra émettre un document donnant l'information demandée. Ce document pourra être requis par le cédant ou ses créanciers potentiels cherchant à déterminer sa situation financière sur la base de ses créances. Une question importante se pose à ce propos : quelle est la valeur probante d'un tel document, notamment s'il prend la forme d'une télécopie ou d'une communication électronique ? Question connexe, la responsabilité éventuelle de l'autorité d'enregistrement en cas d'erreur, résultant de disparités entre l'information portée au registre et l'information donnée dans ledit document. Cette responsabilité pourrait être limitée aux préjudices directs imputables à une faute lourde et une intention délibérée, ou être

élargie à la perte de profit imputable à cette faute. Dans ce contexte, il faudra peut-être prévoir un mécanisme de dédommagement en cas d'erreur de l'autorité d'enregistrement. Par exemple, une partie des frais d'enregistrement ou d'autres recettes de l'autorité d'enregistrement pourrait être déposée dans un fonds, et les demandes de dédommagement adressées à l'autorité d'enregistrement pourraient être payées au moyen de ce fonds.

51. En cas de cession à titre de garantie, lorsque le cédant s'est acquitté de ses obligations en vertu de l'opération de crédit sous-jacente ou a fourni une autre garantie, une déclaration de libération du cédant devra être enregistrée entraînant la renonciation par le cessionnaire à son droit sur les créances. Une telle déclaration pourra être déposée par le cessionnaire, de sa propre initiative ou sur demande écrite du cédant. Au cas où le cessionnaire ne déposerait pas une telle déclaration de libération en temps voulu, le cédant ne serait pas à même d'utiliser ses créances pour obtenir un nouveau crédit. A ce propos, la question des moyens de recours du cédant se pose. L'un de ces recours pourrait consister à établir le droit du cédant à demander et obtenir de l'autorité d'enregistrement, sur présentation de certains documents, une déclaration de libération. Une telle approche présenterait l'inconvénient d'imposer une charge excessive à l'autorité d'enregistrement qui devrait vérifier la teneur des documents soumis. En outre, elle risquerait d'engager sa responsabilité en cas d'erreur lors de l'évaluation desdits documents. Un autre moyen de recours pourrait consister à donner au cédant le droit d'obtenir une mesure conservatoire sous la forme d'une ordonnance imposant à l'autorité d'enregistrement ou au cessionnaire d'émettre une déclaration de libération.

III. CONCLUSIONS

52. Sur la base de l'exposé ci-dessus, on peut conclure que la disparité des lois relatives à la cession nuit à la disponibilité et au fonctionnement du financement par cession de créances à l'échelon international. On peut en outre conclure qu'il pourrait être remédié à cette situation par l'élaboration d'un texte juridique uniforme qui tiendrait compte de la Convention d'UNIDROIT sur l'affacturage, mais irait beaucoup plus loin, notamment pour ce qui est de son champ d'application.

53. Comme il est indiqué aux paragraphes 11 à 16, ce champ d'application pourrait inclure non seulement les cas d'affacturage non régis par la Convention d'UNIDROIT, mais aussi de nombreuses autres opérations effectuées dans des contextes financiers tels que la titrisation, le financement des projets et le forfaitage de créances non documentaires. Avant qu'une décision précise ne soit prise sur les types de cession de créances qui devraient être pris en compte, il semble qu'une nouvelle étude serait nécessaire qui traiterait, dans ces divers contextes financiers, des autres questions liées au champ d'application mentionnées dans la première partie (par. 3 à 10 et 17 à 19) et, de manière très détaillée, peut-être avec un avant-projet de règles, des diverses questions de fond recensées et examinées dans la deuxième partie.

54. Parmi toutes les questions de fond traitées dans la deuxième partie, les effets de la cession à l'égard de tiers et la question connexe des priorités constituent sans doute le problème le plus complexe et le plus difficile. Comme on peut conclure des paragraphes 36 à 51, il semble que le traitement de cette question de manière appropriée et universellement acceptable dépende, du moins en partie, de la possibilité de mettre sur pied un système d'enregistrement fiable. Un tel système pourrait être utile également dans les domaines autres que les créances (par exemple, les titres de propriété, les sûretés, les garanties); aussi est-il proposé qu'une étude distincte soit entreprise qui traiterait en détail des questions pertinentes, notamment des aspects juridiques de la création et du fonctionnement d'un registre central international.

55. Une autre conclusion encore peut être tirée du présent rapport : il est souhaitable de coopérer le plus étroitement possible avec UNIDROIT. De fait, il faudrait explorer tous les modes possibles de coopération, y compris ceux auxquels il n'a pas encore été fait appel. Pour chaque étape des travaux préparatoires, il faudrait choisir le mode le plus approprié, selon l'attitude d'UNIDROIT envers le projet et compte tenu de ses propres travaux dans des domaines connexes.

56. Si la Commission partage les conclusions ci-dessus, elle voudra peut-être prier le Secrétariat d'établir les deux études mentionnées aux paragraphes 53 et 54. Sur la base desdites études, elle voudra peut-être décider de la marche à suivre et notamment déterminer si, à ce stade, un groupe de travail devrait être chargé d'élaborer un texte juridique uniforme sur le financement par cession de créances.

B. Aspects transnationaux de l'insolvabilité : rapport sur le Colloque CNUDCI-INSOL relatif aux aspects transnationaux de l'insolvabilité : note du Secrétariat (A/CN.9/398) [Original : anglais]

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes
INTRODUCTION	1-3
I. EXAMEN DU CADRE JURIDIQUE ACTUEL	4-14
A. Remarques générales	4-7
B. Travaux de réforme législative à l'échelon national	8-9
C. Initiatives prises à l'échelon international	10-11
D. Coopération judiciaire transnationale, protocoles spéciaux et concordats	12-14
II. CONCLUSIONS	15-19

INTRODUCTION

1. Lors du Congrès de la CNUDCI intitulé "Le droit commercial uniforme au XXIe siècle", tenu dans le cadre de la vingt-cinquième session de la CNUDCI (1992), il a été proposé que la Commission envisage d'entreprendre des travaux sur les aspects internationaux de la faillite. Comme suite à cette décision, le Secrétariat a présenté à la Commission à sa vingt-sixième session (1993) une note sur les aspects transnationaux de l'insolvabilité soulignant divers problèmes juridiques pouvant susciter des difficultés en raison des dysharmonies entre les lois nationales (A/CN.9/378/Add.4). Cette note décrivait aussi brièvement les travaux déjà entrepris à l'échelon international en vue d'harmoniser les lois dans ce domaine. Selon l'avis qui a prévalu à la dernière session, malgré les doutes émis quant à la faisabilité d'un projet d'harmonisation des règles relatives aux aspects internationaux de l'insolvabilité, les problèmes pratiques suscités par la dysharmonie des lois nationales régissant les aspects transnationaux de l'insolvabilité justifiaient une étude plus approfondie des questions juridiques qui se posaient dans ce domaine et la recherche de solutions susceptibles d'être acceptées internationalement. Le Secrétariat a été prié d'élaborer pour une session future de la Commission une étude approfondie sur l'opportunité et la faisabilité des règles harmonisées relatives aux aspects transnationaux de l'insolvabilité. Cette étude devait examiner quels aspects du droit applicable dans ce domaine se prêtaient à une harmonisation et quel pouvait être le moyen d'harmonisation le plus approprié (A/48/17, par. 302 à 306).

2. En tant que première étape dans la collecte de renseignements pour l'étude de faisabilité requise par la Commission, le Secrétariat a organisé un Colloque sur les aspects transnationaux de l'insolvabilité (Vienne, 17-19 avril 1994) coparrainé par INSOL International, qui a également fourni une assistance en matière d'organisation. INSOL est une association internationale de praticiens de l'insolvabilité transnationale. Le colloque était notamment conçu pour permettre un dialogue entre praticiens des différentes régions ayant une expérience de première main de la pratique en matière d'insolvabilité transnationale et ayant participé aux efforts déployés à ce jour pour harmoniser les règles. En tant que tel, le colloque visait à permettre à la Commission d'évaluer d'un point de vue pratique si les travaux qu'elle pourrait envisager d'entreprendre dans ce domaine étaient souhaitables et possibles. Les quelque quatre-vingt-dix participants de divers pays étaient des avocats, experts-comptables et banquiers et des juges ayant présidé des affaires importantes d'insolvabilité transnationale, ainsi que des représentants de ministères intéressés et d'organisations internationales telles qu'INSOL et le Comité I de la Section du droit des affaires de l'Association internationale du barreau. Ont notamment pris la parole des juges et praticiens ayant une expérience approfondie des affaires d'insolvabilité transnationale, ainsi que des personnalités et représentants d'organisations à la pointe des efforts internationaux et régionaux d'harmonisation.

3. On trouvera dans la présente note un résumé des avis et points de vue qui ont été échangés lors du colloque, y compris des orientations et étapes possibles des travaux que pourrait entreprendre la Commission, telles qu'elles ressortaient des échanges de vues et d'informations.

I. EXAMEN DU CADRE JURIDIQUE ACTUEL

A. Remarques générales

4. Selon un avis largement partagé lors du colloque, l'importance pratique des aspects juridiques de l'insolvabilité transnationale continuerait de croître, parallèlement au développement des activités économiques multinationales. L'accent a été mis sur la nécessité d'élaborer des mécanismes juridiques visant à limiter la mesure dans laquelle, en cas d'insolvabilité transnationale, les disparités et conflits entre les lois nationales créaient des obstacles à la réalisation des grands objectifs économiques et sociaux des procédures de faillite. Ces objectifs étaient, en général, la protection des droits et intérêts des créanciers, employés et débiteurs. Plus

précisément, les règles juridiques appliquées en cas d'insolvabilité transnationale devaient faciliter le redressement des entreprises qui, notamment d'un point de vue économique, méritaient d'être préservées, ce qui permettrait de préserver également les emplois et, en cas de liquidation, maximiser la valeur des actifs disponibles pour désintéresser les créanciers, où que soient situés ces actifs.

5. Il a été indiqué par de nombreux intervenants que, malgré la prolifération des activités économiques multinationales, le cadre juridique actuel ne permettait en général pas d'atteindre les objectifs susmentionnés en cas d'insolvabilité transnationale. De nombreuses législations de la faillite prônaient pour leurs propres procédures de faillite l'application du principe de l'universalité, selon lequel l'objectif serait une administration unifiée de la faillite et l'application des ordonnances des tribunaux aux éléments d'actifs situés à l'étranger, sans toutefois reconnaître cette universalité pour les procédures de faillite étrangère. Parmi les difficultés pouvant se poser dans le cadre d'une procédure de redressement, on a noté le cas d'une juridiction envisageant un "débiteur restant en possession" qui continuerait d'exercer des fonctions de gestion, alors qu'en vertu de la loi d'un autre État dans lequel serait menée une procédure simultanée de faillite contre le même débiteur, les responsables de l'entreprise seraient déplacés ou l'entreprise serait liquidée.

6. Il a été noté que, dans ce cadre juridique, la fragmentation et le cloisonnement selon des lignes nationales prévalaient en cas d'insolvabilité transnationale. Il a en outre été noté qu'en raison des lacunes ou insuffisances de la loi, les tribunaux et praticiens s'efforçant d'harmoniser l'administration des insolvabilités transnationales en venaient à constater qu'au mieux il leur fallait s'appuyer sur des protocoles ou accords *ad hoc* entre les parties, afin de permettre une administration harmonisée de la masse des biens dans un contexte transnational. De telles procédures, qui pouvaient se fonder sur l'interprétation de notions générales telles que la courtoisie internationale, seraient souvent appliquées dans une atmosphère d'incertitude juridique, du fait des lacunes du cadre législatif requis pour promouvoir la coopération.

7. S'il a été largement jugé qu'il ne serait pas possible, du moins dans un avenir proche, de résoudre ces problèmes par une unification des règles de fond des lois régissant les procédures de faillite transnationales, diverses questions particulières ont été recensées, auxquelles on pourrait apporter des solutions sans aller jusqu'à une unification des règles de fond. Ces questions particulières étaient notamment les suivantes : systèmes visant à faciliter, dans le contexte des procédures de liquidation, la préservation des actifs et une liquidation rapide ou, dans le contexte d'une procédure de redressement, mécanismes propres à faciliter le sauvetage et la réhabilitation d'entreprises viables au moyen de moratoires visant à prévenir toute mesure de la part des créanciers; mécanismes législatifs prévoyant la reconnaissance de représentants dûment nommés et la récupération d'éléments d'actifs, notamment en fournissant des informations dans le cadre de procédures de faillite étrangères; pour les prêteurs nantis, meilleure information et moins d'incertitudes pour ce qui est de l'identité des biens sur lesquels ils détiennent une garantie; systèmes simplifiés de recours, notamment en permettant aux créanciers, dans des circonstances appropriées, d'intenter une action dans leur propre pays et dans leur propre langue; reconnaissance des ordonnances des tribunaux étrangers; et reconnaissance et caractère exécutoire des "bilans nets" des banques dans le cadre d'arrangements bilatéraux de compensation.

B. Travaux de réforme législative à l'échelon national

8. L'attention a été appelée sur les activités de réforme législative entreprises ou en cours dans un nombre limité d'États, visant à favoriser l'universalité dans l'administration des insolvabilités transnationales et allant au-delà du principe de la courtoisie internationale ou des simples règles de droit international privé. Il a été noté que ces activités, qui, en, général prévoyaient la mise en place de mécanismes donnant accès aux tribunaux aux représentants de faillites étrangères et reconnaissant de toute autre manière les procédures étrangères, pourraient donner une indication de ce qui était faisable sur la voie d'une harmonisation internationale.

9. Ces réformes nationales visant à mettre en place des mécanismes souples pour traiter des insolvabilités transnationales portaient essentiellement sur les points suivants : possibilité pour les représentants des faillites étrangères de s'adresser au tribunal des faillites pour demander l'ouverture d'une faillite secondaire, solution laissée à la discrétion du tribunal ou pouvant être impérative, afin de contribuer à l'administration de la faillite étrangère; diverses formes de recours accessoire, y compris les ordonnances bloquant toute action à l'encontre de débiteurs ou de biens étrangers dans la juridiction et remise de biens aux représentants étrangers en vue de leur administration dans le cadre de la faillite étrangère; suspension éventuelle ou clôture d'une procédure de faillite locale du fait de la procédure de faillite étrangère en cours; possibilité pour le représentant étranger de demander une procédure de faillite principale non volontaire, plutôt qu'une procédure secondaire; fait de considérer la comparution devant les tribunaux locaux de représentants étrangers comme une "comparution spéciale", le représentant étranger ne relevant alors pas de la compétence du tribunal à toute autre fin; critères permettant d'évaluer les procédures étrangères, afin de déterminer si le tribunal aura la liberté d'accorder soit la reconnaissance, soit une procédure secondaire (par exemple, similarité pour l'essentiel entre les systèmes juridiques de l'État du for et de l'État étranger; égalité de traitement de tous les créanciers; courtoisie internationale).

C. Initiatives prises à l'échelon international

10. Il a été noté que, de même que les dispositions particulières des législations nationales visant à traiter des faillites transnationales restaient l'exception, il n'existait pas non plus de réseau étoffé de traités bilatéraux en la matière, non plus que de traités multilatéraux à l'échelon mondial. Parmi les traités multilatéraux à l'échelon régional, on pouvait noter, en Amérique latine, les Traités de Montevideo de 1889 et 1940; dans la région des pays nordiques, la Convention entre le Danemark, la Finlande, l'Islande, la Norvège et la Suède relative à la faillite (conclue en 1933 et modifiée en 1977 et 1982); entre les États membres du Conseil de l'Europe, la Convention européenne sur certains aspects in-

ternationaux de la faillite (Istanbul, 1990); et, dans l'Union européenne, le projet de convention sur les procédures de faillite.

11. On a également noté certaines initiatives non gouvernementales visant à instaurer un cadre juridique ou à servir de base pour l'harmonisation des procédures de faillite transnationales, en particulier la Loi type internationale sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale (*Model International Insolvency Cooperation Act*, "MIICA"), élaborée par le Comité J de la Section du droit des affaires de l'Association internationale du barreau. Selon un avis, cette dernière initiative montrait à quel point il importait, si l'on voulait que les efforts d'harmonisation aboutissent, notamment si l'on souhaitait élaborer une législation type, de faire participer les États à ce processus. Il a été noté que le Comité J procédait actuellement à un examen et à une analyse des principaux concepts en matière d'insolvabilité en vue d'élaborer un code type de l'insolvabilité, ensemble de concepts uniformes qui seraient acceptables ou adaptables par les législations nationales. On a également appelé l'attention sur une autre initiative : les recherches entreprises par l'American Law Institute concernant les insolvabilités transnationales parmi les pays membres de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA). (Davantage de renseignements sur les initiatives multilatérales visant à réglementer les insolvabilités transnationales sont présentés dans le document A/CN.9/378/Add.4.)

D. Coopération judiciaire transnationale, protocoles spéciaux et concordats

12. Une attention particulière a été accordée à la fonction essentielle que joue dans les insolvabilités transnationales la coopération entre juges et avocats des différents États dans lesquels peuvent se situer des actifs du débiteur et dans lesquels sont ouvertes des procédures de faillite. Il a été noté que, si l'importance de cette coopération était reconnue, elle était difficile en l'absence d'un cadre législatif approprié pour les insolvabilités transnationales, alors qu'il fallait concilier des lois nationales divergentes. Des juges et avocats ayant participé ces dernières années à des affaires importantes d'insolvabilité transnationale ont donné des exemples notables de coopération judiciaire et de coopération entre avocats et représentants des créanciers et des débiteurs. Il a été noté dans l'ensemble que le fait que les juges désireux de coopérer ne puissent pas véritablement s'appuyer sur la loi constituait un obstacle à cette coopération et la rendait plus incertaine.

13. Une attention particulière a été portée durant le débat à la fonction que pouvaient remplir, dans les affaires d'insolvabilité transnationale, les protocoles spéciaux convenus par les diverses parties et approuvés par les juges de tutelle. De tels protocoles pouvaient par exemple permettre d'établir un système de gestion de l'entreprise qui serait appliqué au débiteur dans le cadre d'une procédure de redressement. Ces protocoles pourraient traiter de questions telles que la nomination de directeurs, le règlement intérieur du conseil d'administration, les procédures de recours judiciaire liées au licenciement des directeurs et la reconnaissance de certains droits de l'administrateur judiciaire, notamment le droit d'obtenir des renseignements.

14. A propos de ces arrangements *ad hoc*, le colloque a noté avec intérêt les travaux entrepris par le Comité J de la Section du droit des affaires de l'Association internationale du barreau relatifs à un "Concordat pour l'insolvabilité transfrontière". Ce concordat, qui se fonde pour l'essentiel sur des règles de droit international privé, a pour objet de proposer des règles, dont certaines peuvent être applicables dans toute procédure de faillite transnationale, que les participants ou les tribunaux pourraient adopter pour traiter de diverses questions et, notamment, des questions suivantes : désignation de la juridiction chargée de l'administration, application des règles de priorité de cette juridiction, règles applicables dans les cas où il y a plus d'une juridiction et désignation des règles applicables afin d'éviter les transferts d'actifs durant la période précédant l'insolvabilité.

II. CONCLUSIONS

15. On notera que les participants au colloque se sont montrés très réceptifs à l'intérêt exprimé par la Commission d'œuvrer à un projet sur l'insolvabilité transnationale. Compte dûment tenu des avis et observations relatifs à l'insolvabilité transnationale présentés lors du colloque par des juges, praticiens et représentants d'organisations intéressées et de gouvernements, le Secrétariat continuera d'étudier s'il serait possible d'entreprendre des travaux dans ce domaine, comme l'a demandé la Commission. Dans cette tâche, le Secrétariat coopérera avec les organisations intéressées et il se félicite de l'offre d'assistance en matière de recherche qui lui a été faite par INSOL International.

16. Sur la base d'une évaluation de la faisabilité des travaux en la matière et compte tenu des débats et des consultations avec des praticiens et organisations intéressés dans le cadre du colloque, il est possible à ce stade de recenser un certain nombre de sous-domaines de l'insolvabilité transnationale pour lesquels des initiatives de la Commission seraient non seulement bien accueillies, mais également possibles et utiles. En outre, il semblerait possible d'entreprendre des travaux dans ces sous-domaines sans s'aventurer dans un domaine dans lequel, de l'avis général, il ne serait à ce stade pas possible, voire pas souhaitable, d'entreprendre des travaux, à savoir l'unification des dispositions de fond de la législation des faillites.

17. L'un de ces sous-domaines est au premier abord modeste, mais il a retenu l'attention du colloque, car il semblerait possible d'apporter une contribution utile dans un délai relativement bref : il s'agit de la coopération judiciaire. La possibilité d'entreprendre des travaux dans ce domaine s'est déjà présentée, car INSOL International a proposé de parrainer avec la CNUDCI et d'organiser, dans le cadre d'une conférence régionale qu'il doit tenir à Toronto en mars 1995, un colloque à l'intention des juges sur la coopération judiciaire en matière d'insolvabilité transnationale. Le double objectif de ce colloque serait le suivant : premièrement, obtenir l'avis des juges sur la mesure dans laquelle la coopération judiciaire est possible en vertu des lois actuelles, par exemple en application du principe de la courtoisie internationale, et déterminer les limites de cette coopération dans le cadre des lois en vigueur; deuxièmement, déterminer quelles règles pourraient être nécessaires pour promouvoir la coopération judiciaire, en tant que première mesure à pren-

dre pour faire face aux problèmes que peuvent susciter des procédures parallèles, des régimes juridiques différents et des juridictions concurrentes.

18. Le deuxième sous-domaine qu'il semblerait utile d'examiner et qui, à certains égards, recouvre le premier peut être désigné sous le nom d'"accès et reconnaissance". Il s'agirait de l'accès aux tribunaux des représentants de faillites étrangères ou de créanciers et de la reconnaissance des ordonnances de tribunaux étrangers administrant la faillite. Les travaux préliminaires dans ce domaine pourraient consister à recenser les avantages et inconvénients des différentes approches retenues dans les systèmes législatifs en matière d'accès et de reconnaissance, ainsi que dans le cadre des réformes législatives aux échelons national et multilatéral. On pourrait également étudier, du point de vue des exigences de la pratique et des objectifs de l'insolvabilité (par exemple, l'égalité de traitement entre les créanciers), s'il serait approprié d'élaborer des règles uniformes sur l'accès et la reconnaissance.

19. Un troisième sous-domaine pourrait en temps voulu être envisagé par la Commission : l'élaboration d'un ensemble de dispositions législatives types sur l'insolvabilité. Il ne s'agit pas là d'une conclusion du colloque et il n'est pas proposé ici d'élaborer un code détaillé de l'insolvabilité en vue d'arriver à une unification des règles de fond, mais des travaux dans ce domaine du droit seraient sans doute importants non seulement pour les gouvernements désireux de moderniser leur législation, mais aussi pour le monde des affaires et les praticiens du droit. On peut envisager d'entreprendre diverses activités sous une forme qui permette d'éviter les problèmes que poserait toute tentative d'unifier à l'échelle mondiale les règles de fond sur l'insolvabilité. En particulier, un tel projet pourrait être conçu de manière à tenir compte des différentes options qu'un État voudra envisager lors de la rédaction de sa législation des faillites et pourrait présenter des dispositions types visant à mettre en œuvre ces diverses options. La Commission voudra peut-être noter à ce propos, en vue d'un développement de la coopération avec le Comité J de la Section du droit des affaires de l'Association internationale du barreau, les activités préparatoires entreprises par cet organe sur les notions fondamentales qu'énoncerait un code type sur l'insolvabilité (voir le paragraphe 11 ci-dessus).

C. Projets de construction, exploitation, transfert : note du Secrétariat (A/CN.9/399) [Original : anglais]

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes
INTRODUCTION	1
I. LE CONCEPT "CONSTRUCTION-EXPLOITATION-TRANSFERT"	2-8
II. LES DIRECTIVES DE L'ONUDI	9-11
III. CONCLUSION	12

INTRODUCTION

1. Lors du Congrès sur le droit commercial international tenu à New York en mai 1992 dans le cadre de la vingt-cinquième session de la Commission, il a été proposé que cette dernière envisage d'entreprendre des travaux concernant le mécanisme de financement des projets "Construction, exploitation, transfert" (ci-après "CET"). A la suite de cette proposition, la Commission a été saisie, à sa vingt-sixième session en 1993, d'une note sur les travaux futurs possibles (A/CN.9/378) dans laquelle le Secrétariat l'a informée qu'il suivait l'évolution des travaux de l'Organisation des Nations Unies pour le développement industriel (ONUDI) concernant l'établissement de directives pour l'élaboration, la négociation et la conclusion de contrats relatifs à des projets CET. La Commission a souligné l'intérêt des projets CET et pris note avec satisfaction de l'intention du Secrétariat de lui présenter une note sur les travaux futurs possibles dans ce domaine. Le présent document vise à informer la Commission de la situation actuelle à cet égard.

I. LE CONCEPT "CONSTRUCTION-EXPLOITATION-TRANSFERT"

2. Sous sa forme la plus élémentaire, un projet CET suppose l'octroi pour l'État d'une concession temporaire à un consortium privé pour l'exécution d'un projet; le consortium construit, exploite et gère alors le projet pendant un certain nombre d'années, en récupérant ses dépenses de construction et en dégageant des bénéfices grâce à l'exploitation commerciale dudit projet. Lorsque la concession prend fin, le projet est transféré à l'État.

3. Dans ce type d'arrangement, le remboursement des prêts ou le rendement des investissements ne sont pas garantis par l'État, mais dépendent des recettes d'exploitation du projet. N'ayant pas à mettre directement à contribution le budget de l'État, le gouvernement du pays concerné sera moins soumis à la pression qu'entraîne un emprunt public, ce qui permettra de transférer les risques industriels et les technologies nouvelles au secteur privé. En outre, du fait

que le projet est construit et, pendant la période de la concession, exploité par le consortium, l'État profite des compétences du secteur privé dans ces domaines.

4. Si l'on a surtout eu recours aux projets CET pour de grands projets d'infrastructure tels que réseaux de communications, routes et autres projets relatifs aux transports publics, installations portuaires et approvisionnement en énergie, on les étend de plus en plus à des projets de petite et moyenne dimension. Ils sont donc à même d'offrir de nouvelles possibilités d'accroissement du commerce international.

5. Ces projets suscitent l'intérêt pour diverses raisons; par exemple, ils donnent aux pays dont la capacité d'emprunt et les ressources budgétaires diminuent la possibilité de financer des projets sans recourir aux fonds publics, et ont pour avantage de stimuler les investissements et de promouvoir la privatisation. Un nombre croissant de pays, notamment en développement, et d'organismes de crédit se montrent donc aujourd'hui intéressés car ils voient là un moyen de surmonter leurs difficultés financières.

6. L'une des principales originalités des projets CET tient au fait que l'État ne garantit pas les prêts destinés à les financer, ce qui nécessite une répartition inhabituelle des risques entre un grand nombre de parties ayant entre elles des liens contractuels. Les principales parties à un projet CET sont en général la société chargée du projet (consortium), l'État, les organismes de crédit, l'entreprise de construction, les assureurs, les acheteurs ou utilisateurs du produit. Cette multiplicité des parties et le réseau de leurs liens contractuels rendent les négociations complexes et longues. En outre, le manque de savoir-faire dans le montage d'un projet CET, particulièrement de la part des pouvoirs publics, constitue un obstacle dans le processus de négociation.

7. Le fait que la responsabilité du remboursement des prêts n'incombe pas au "client" traditionnel (l'État) mais au consortium privé, augmente les risques encourus par les organismes de crédit. Ces derniers se trouvent donc contraints de rechercher des moyens supplémentaires de réduire ces risques, notamment en contractant une assurance. Cette nouvelle forme de répartition des risques entre les diverses parties rend en général le stade précontractuel d'un projet CET assez complexe.

8. L'absence de certitude juridique, dans certains États, quant à la réalisation de certains aspects d'un projet peut aussi entraver la mise en place de projets CET. Ainsi, on peut avoir du mal à apprécier dans quelle mesure des entités privées pourront tirer des recettes de l'exploitation d'une infrastructure publique telle qu'une route à péage. Dans ces conditions, il sera difficile à un gouvernement, par exemple, d'accorder une concession pour un projet CET portant sur une route, dans la mesure où le consortium ne pourra, dans la plupart des cas, rentabiliser son investissement qu'en percevant un péage. Dans d'autres cas, c'est le fondement et les effets de certaines assurances contractuelles à long terme que devra donner le gouvernement à un consortium privé, qui peuvent ne pas apparaître clairement. Il peut donc être nécessaire d'adopter des dispositions législatives qui rendent le cadre juridique dans lequel s'inscrivent les projets CET favorables à ces derniers.

II. LES DIRECTIVES DE L'ONUDI

9. Les problèmes susmentionnés, entre autres, ainsi que le potentiel de développement des projets CET ont amené l'ONUDI à entreprendre l'établissement de directives pour l'élaboration, la négociation et la conclusion de contrats relatifs à des projets CET. Ces directives visent non seulement à diffuser des informations sur les projets CET mais aussi à permettre aux États et à toutes les autres parties intéressées de concevoir et formuler la meilleure approche possible pour promouvoir et développer ce type de projets.

10. Les directives de l'ONUDI seront divisées en plusieurs chapitres, à savoir :

Présentation du concept de CET; Phases d'un projet CET; Considérations macro-économiques; Rôle de l'État; Analyse financière (étude de faisabilité) et analyse économique; Répartition et gestion des risques (structure financière); Passation des marchés; Transfert de technologies et renforcement des capacités; Construction; Exploitation et maintenance; Transfert de propriété; Ensemble des contrats et coordination (guide des contrats requis); accord de projet; Conclusion (comprenant éventuellement un résumé des projets ayant donné de bons résultats).

11. Le Secrétariat suit les progrès faits par l'ONUDI dans l'élaboration des directives, qui en est déjà à un stade avancé et qui devrait être achevée en septembre 1994.

III. CONCLUSION

12. Les aspects juridiques des projets CET feront certes partie des directives de l'ONUDI, mais, du fait que celles-ci auront une vaste portée, tous ne pourront pas être traités en détail. Le Secrétariat entend donc, une fois les directives mises au point, voir s'il sera souhaitable et possible que la Commission étudie plus avant certains des problèmes que soulèvent les projets CET. Il pourrait s'agir, par exemple, de créer un cadre juridique favorable aux projets CET, en particulier pour l'accord de concession, ou bien de donner des conseils aux parties sur des questions contractuelles par des additions, par exemple, au Guide juridique de la CNUDCI pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles.

VI. PAIEMENTS INTERNATIONAUX

A. Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux : note du Secrétariat*

(A/CN.9/384) [Original : anglais]

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes
INTRODUCTION	1
I. LES TRANSFERTS DE FONDS EN GÉNÉRAL	2-6
II. UNIFICATION DE LA LÉGISLATION	7-9
III. CHAMP D'APPLICATION	10-18
A. Catégories d'opérations régies par la Loi type	10-15
B. Segments d'un virement international	16-18
IV. MESURE DANS LAQUELLE LA LOI TYPE EST IMPÉRATIVE	19
V. CARACTÉRISTIQUES PRINCIPALES DE LA LOI TYPE	20-51
A. Obligations de l'expéditeur de l'ordre de paiement	20-27
B. Paiement de l'expéditeur à la banque réceptrice	28-32
C. Obligations de la banque réceptrice	33-42
D. Responsabilité de la banque en cas de défaut d'exécution d'une de ses obligations	43-47
E. L'achèvement du virement et ses conséquences	48-51

INTRODUCTION

1. La Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux, adoptée par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) en 1992, a été établie pour répondre à une évolution profonde des modes de transfert de fonds à l'échelon international. Cette évolution était double : les ordres de paiement sur papier étaient de plus en plus souvent remplacés par des ordres de paiement électroniques et les prélèvements cédaient de plus en plus la place aux virements. De ce fait, les instruments antérieurs visant à unifier la législation des prélèvements internationaux n'étaient plus adaptés aux nouvelles techniques de transfert de fonds. La Loi type offre la possiblité d'unifier la législation des virements par l'adoption d'un texte qui tient compte des exigences des techniques modernes de transfert de fonds.

I. LES TRANSFERTS DE FONDS EN GÉNÉRAL

2. Jusqu'au milieu des années 70, une personne qui souhaitait transférer des fonds d'un pays à un autre, soit pour s'acquitter d'une obligation, soit pour disposer de fonds dans cet autre pays, n'avait pas un choix très large. Elle pouvait envoyer un chèque personnel ou un chèque de société au destinataire des fonds, mais le recouvrement international de ces instruments était à la fois lent et onéreux. Elle pouvait acheter à sa banque une traite tirée par cette dernière sur un correspondant dans le pays du destinataire. Le recouvrement de cette traite bancaire internationale était plus rapide que dans le cas des chèques personnels ou chèques de société, puisque la traite était payable dans le pays du destinataire et dans la monnaie de ce pays.

*La présente note a été établie par le secrétariat de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) à des fins d'information; il ne s'agit pas d'un commentaire officiel de la Loi type. Un commentaire établi par le secrétariat sur un projet antérieur de texte de la Loi type a été publié sous la cote A/CN.9/346 (document reproduit dans l'*Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, vol. XXII : 1991, deuxième partie, I, A).

3. Il existait une troisième méthode, encore plus rapide, depuis le milieu du XIXe siècle. La banque du donneur d'ordre pouvait envoyer un ordre de paiement télégraphique à sa banque correspondante dans le pays du bénéficiaire, par lequel elle priait la banque réceptrice de payer le destinataire des fonds. (L'ordre de paiement pouvait alors être transmis entre les banques sur papier. Il s'agit là d'une méthode courante de transferts de fonds dans de nombreux pays. Toutefois, cette méthode était plus rarement utilisée pour les transferts internationaux.) Bien que plus rapide que les deux autres méthodes, le télégraphe était un mode de communication relativement onéreux et les erreurs étaient fréquentes. Lorsque le télex a remplacé le télégraphe, l'opération bancaire est restée la même pour l'essentiel, mais les coûts ont été réduits, pour une précision améliorée. C'est ainsi que, progressivement, on a moins recouru aux chèques bancaires pour les paiements internationaux. Avec l'introduction des télécommunications interbancaires par ordinateur au milieu des années 70, les coûts ont encore baissé, pour une vitesse et une précision très supérieures. Du fait du développement de ce type de télécommunication dans un nombre de plus en plus grand de pays, le recours aux chèques bancaires pour les transferts de fonds internationaux a très fortement diminué et les transferts par télex ont perdu de leur importance.

4. Le recouvrement de chèques bancaires, les transferts par télex et les nouveaux transferts par ordinateurs ont un élément important en commun : un montant est transféré entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire au moyen du débit du compte bancaire du donneur d'ordre et du crédit du compte bancaire du bénéficiaire. Le règlement entre les banques est également effectué par des opérations de débit et de crédit passées sur les comptes appropriés. Ces comptes peuvent être gérés par les banques en question ou par des banques tierces, notamment une banque centrale.

5. Il existe également une différence frappante entre, d'une part, le recouvrement d'un chèque bancaire (ou d'un chèque personnel ou d'un chèque de société) et, d'autre part, un transfert par télex ou par ordinateur. Le chèque est envoyé au bénéficiaire par courrier ou par tout autre mode de communication extérieur aux banques. Aussi les procédures bancaires de recouvrement du chèque sont-elles entamées par le bénéficiaire du transfert. Un tel transfert est de plus en plus souvent appelé "prélèvement". Le recouvrement d'une lettre de change ou d'un billet à ordre constitue également un prélèvement, puisque c'est le bénéficiaire du transfert qui entame la procédure du transfert de fonds; il existe d'autres techniques de prélèvement, dont certaines font appel à l'ordinateur.

6. Dans les transferts par télex et par ordinateur, c'est le donneur d'ordre qui entame la procédure bancaire en ordonnant à sa banque de débiter son propre compte et de créditer le compte du bénéficiaire. Un transfert de fonds dans lequel le donneur d'ordre entame la procédure bancaire est souvent appelé "virement", et c'est ce terme qui a été retenu dans la loi type.

II. UNIFICATION DE LA LÉGISLATION

7. Du fait du développement international des prélèvements, découlant du recouvrement de chèques et de lettres de change, diverses activités ont été entreprises pour unifier la législation des effets de commerce et de leur recouvrement[1]. Par contre, récemment encore, l'unification des lois régissant les virements internationaux sur papier et par télex suscitait peu d'intérêt.

8. La situation a commencé d'évoluer en 1975, lorsqu'a été inauguré le premier système international de messages interbancaires par ordinateur. A la même époque ont commencé d'apparaître dans divers pays des systèmes de transfert de fonds électroniques pour les entreprises ou pour les consommateurs. Comme on ne savait pas très bien si les règles régissant les transferts de fonds sur papier devraient ou pourraient être appliquées aux transferts de fonds électroniques, dans leur intégralité ou en partie, la CNUDCI s'est d'abord attachée à élaborer un *Guide juridique sur les transferts électroniques de fonds* (A/CN.9/SER.B/1, publication des Nations Unies, numéro de vente F.87.V.9). Ce guide étudiait les problèmes juridiques que poserait le passage d'un système de transfert de fonds sur papier à un système électronique. Comme il était axé sur les incidences de ce passage du papier à l'électronique, il traitait aussi bien des prélèvements que des virements.

9. Lorsque la CNUDCI a autorisé la publication du *Guide juridique* en 1986, elle a aussi décidé d'élaborer des règles juridiques types afin "d'influer sur l'évolution" des pratiques et lois nationales régissant les nouveaux systèmes de transfert de fonds. Par la suite, il a été décidé que ces règles juridiques types prendraient la forme d'une loi type et que cette loi type serait rédigée en vue de son adoption par les États.

III. CHAMP D'APPLICATION

A. Catégories d'opérations régies par la Loi type

10. Comme il ressort de son titre, et à la différence du *Guide juridique*, la Loi type s'applique aux virements. Elle ne s'applique pas aux prélèvements, même sous forme électronique. Elle ne se limite pas aux virements effectués par ordinateur ou par d'autres techniques électroniques, bien qu'elle ait été élaborée en raison de la croissance explosive des systèmes de virements électroniques. De nombreux virements, tant nationaux qu'internationaux, commencent par un ordre de paiement sur papier adressé par le donneur d'ordre à sa banque, qui est suivi d'un ordre de paiement interbancaire sous forme électronique. Il serait donc difficile et inutile de définir les virements électroniques. La solution de

[1] L'initiative la plus fructueuse à ce jour a été l'élaboration de la Loi uniforme sur les lettres de change et les billets à ordre et de la Loi uniforme sur les chèques, qui ont été adoptées par la Société des Nations en 1930 et 1931. Plus récemment, la CNUDCI a élaboré la Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux, qui a été adoptée par l'Assemblée générale en 1988. La Convention de la CNUDCI est un instrument d'usage optionnel dans le commerce international (pour plus de renseignements sur cette convention, on se référera à la note explicative publiée sous la cote A/CN.9/386). Afin de compléter ces activités intergouvernementales, la Chambre de commerce internationale a élaboré les Règles uniformes relatives aux encaissements (publication de la CCI n° 322), qui ont été adoptées par des banques dans plus de 130 États et territoires et régissent les moyens par lesquels les banques encaissent les traites à l'échelon international. Les Règles uniformes relatives aux encaissements étaient en cours de révision au moment de l'établissement du présent document.

quelques questions juridiques seulement dépendait du point de savoir si l'ordre de paiement était ou non sous forme électronique. Des règles appropriées ont été rédigées pour ces cas particuliers.

11. Si de nombreux virements n'exigent que les services de la banque du donneur d'ordre et de la banque du bénéficiaire, d'autres supposent que l'on fasse appel à une ou plusieurs banques intermédiaires. Dans ces derniers cas, le virement commence par un ordre de paiement donné par le donneur d'ordre à sa banque, suivi par des ordres de paiement adressés par la banque du donneur d'ordre à la banque intermédiaire et par la banque intermédiaire à la banque du bénéficiaire. Le virement exige également que chacun des trois expéditeurs paie sa banque réceptrice. Comme il est indiqué à l'alinéa *a* de l'article 2, un virement, et donc l'opération régie par la Loi type, désigne "la série d'opérations, commençant par l'ordre de paiment du donneur d'ordre, effectuées dans le but de mettre des fonds à la disposition d'un bénéficiaire".

12. La Loi type est expressément limitée aux virements qui sont internationaux. Cette décision est notamment justifiée par le fait que la CNUDCI a été créée pour unifier le droit du commerce international. En outre, si tous les pays se heurtent pour l'essentiel aux mêmes problèmes juridiques et pratiques à propos des virements internationaux, les circonstances dans lesquelles sont effectués les virements nationaux sont très diverses.

13. Les critères énoncés à l'article premier, afin de déterminer si un virement est international et donc soumis à la Loi type, sont les suivants : une banque expéditrice et sa banque réceptrice doivent être situées dans des États différents. Si une banque expéditrice et une banque réceptrice sont situées dans des États différents, tous les aspects du virement entrent dans le champ d'application de la Loi type.

14. Bien que les méthodes appliquées pour effectuer des virements nationaux dans certains pays soient sensiblement différentes des méthodes utilisées pour les virements internationaux, la Commission a considéré qu'aucune des règles de fond de la Loi type n'était exclusivement adaptée aux virements internationaux. De ce fait, certains États voudraient peut-être adopter la Loi type tant pour leurs virements nationaux que pour leurs virements internationaux, ce qui assurerait l'uniformité du droit. Il suffirait pour cela de modifier le champ d'application énoncé à l'article premier.

15. Les virements peuvent être effectués par des individus pour des raisons personnelles et par des entreprises pour des raisons commerciales. Certains pays ont adopté des lois particulières relatives à la protection du consommateur qui régissent certains aspects d'un virement. La note relative à l'article premier dispose que cette législation relative à la protection du consommateur peut prévaloir sur les dispositions de la Loi type. Si une personne privée est donneur d'ordre ou bénéficiaire d'un virement, ses droits et obligations seront régis par la Loi type, sous réserve de toute disposition relative à la protection du consommateur qui pourra être applicable.

B. Segments d'un virement international

16. Une fois qu'il a été décidé que la Loi type serait rédigée de manière à s'appliquer à "la série d'opérations ... effectuées dans le but de mettre des fonds à la disposition du bénéficiaire", et non uniquement à l'ordre de paiement transmis entre une banque d'un pays et une banque d'un autre pays, il fallait déterminer si tous les aspects d'un virement international donné seraient soumis à la Loi type telle qu'elle aurait été adoptée dans un pays donné. Il a été jugé par tous les intéressés qu'un tel résultat serait souhaitable, car il garantirait l'application d'un régime juridique unique à l'ensemble du virement. A un stade des travaux, il a été proposé d'inclure dans la Loi type une règle à cet effet. La CNUDCI a décidé qu'une telle règle, bien que souhaitable en théorie, n'était pas possible pour des raisons tant techniques que politiques. Aussi la CNUDCI a-t-elle accepté que chacune des opérations effectuées dans le cadre du virement soit soumise à la loi applicable à ladite opération. On espérait naturellement que la Loi type serait largement adoptée, de sorte que les différentes opérations d'un virement donné seraient soumises à un régime juridique cohérent.

17. Durant l'élaboration de la Loi type, la CNUDCI a donné effet à sa décision selon laquelle chacune des opérations effectuées dans le cadre du virement serait soumise à la loi applicable à ladite opération au moyen d'un article sur le conflit de lois. Cet article autorisait les parties à choisir la loi applicable à leur relation. Un tel choix serait probablement inclus dans un accord antérieur au virement en question. Faute d'un tel accord, la loi de l'État de la banque réceptrice s'appliquerait aux droits et obligations découlant de l'ordre de paiement envoyé à ladite banque.

18. A sa session de 1992, lors de laquelle la Loi type a été adoptée, la Commission a décidé de supprimer la disposition relative au conflit de lois dans la Loi type proprement dite. Toutefois, cette disposition a été incluse en tant que note relative au chapitre premier de la Loi type, "à l'intention des États qui pourraient souhaiter l'adopter".

IV. MESURE DANS LAQUELLE LA LOI TYPE EST IMPÉRATIVE

19. L'article 4 est libellé comme suit : "Sauf disposition contraire de la présente loi, les parties à un virement peuvent convenir de modifier leurs droits et obligations". Cette simple phrase énonce trois propositions :

a) En principe, la Loi type n'est pas impérative. Les parties à un virement peuvent convenir de modifier leurs droits et obligations;

b) La convention doit avoir été conclue par les parties dont les droits et obligations sont en jeu. Cela signifie, par exemple, que l'accord d'un groupe de banques relatif à leurs opérations peut modifier les droits et obligations de ces banques tels qu'ils sont énoncés dans la Loi type. Toutefois, cet accord n'aura aucun effet sur les droits et obligations des clients, à moins que les clients n'aient également accepté une telle modification de leurs droits et obligations. Cette règle est quelque peu modifiée aux articles 12-9 et 14-6, qui tous deux disposent que des paragraphes donnés de la Loi type régissant le mode de remboursement dans certaines cir-

constances particulières "ne s'appliqueront pas à une banque si leur application devait porter atteinte aux droits et obligations que lui confère tout accord ou toute règle d'un système de transfert de fonds";

c) Certains droits et obligations des parties ne peuvent être modifiés par convention, ou ne peuvent être modifiés que dans une mesure limitée, ou dans des circonstances limitées. On en trouvera des exemples aux articles 5-3, 14-2 et 17-7.

V. CARACTÉRISTIQUES PRINCIPALES DE LA LOI TYPE

A. Obligations de l'expéditeur de l'ordre de paiement

20. L'expéditeur d'un ordre de paiement peut être le donneur d'ordre, puisque ce dernier envoie un ordre de paiement à sa banque, ou il peut être une banque, car chaque banque de la chaîne du virement, à l'exception de la banque du bénéficiaire, doit envoyer son propre ordre de paiement à la banque suivante dans la chaîne du virement.

21. Le paragraphe 6 de l'article 5 énonce la véritable obligation de l'expéditeur, qui est "de payer à la banque réceptrice le montant de l'ordre de paiement à compter du moment où elle l'accepte". Une règle particulière est énoncée pour les ordres de paiement prévoyant une date d'exécution ultérieure. Dans ce cas, il y a obligation de payer à compter du moment où la banque réceptrice accepte l'ordre de paiement, "mais ce paiement n'est dû que lorsque commence la période d'exécution".

22. Mais que se passe-t-il lorsqu'il n'est pas certain que l'ordre de paiement a effectivement été envoyé par la personne qui est désignée comme l'expéditeur ? Dans le cas des ordres de paiement sur papier, le problème se pose lorsque la signature de l'expéditeur présumé est contrefaite. Dans le cas d'un ordre de paiement électronique, une personne non autorisée aura peut-être envoyé le message, mais l'authentification par codage, chiffrage ou toute autre méthode pourra être néanmoins correcte.

23. La Loi type répond à cette question en trois étapes. La première étape est décrite au paragraphe 1 de l'article 5 : "L'expéditeur est lié par un ordre de paiement ... s'il a été émis par lui ou par toute autre personne qui avait le pouvoir de le lier". La question de savoir si l'autre personne avait effectivement et juridiquement pouvoir de lier l'expéditeur est régie par des règles juridiques appropriées extérieures à la Loi type.

24. La deuxième étape, qui est décrite au paragraphe 2 de l'article 5, est la plus importante :

> "Lorsqu'un ordre de paiement ... doit faire l'objet d'une authentification [par convention entre l'expéditeur et la banque réceptrice], un expéditeur apparent ... est ... lié
>
> *a)* si l'authentification est, compte tenu des circonstances, une méthode commercialement raisonnable de protection contre les ordres de paiement non autorisés et
>
> *b)* si la banque réceptrice a respecté la procédure d'authentification."

25. On est parti du principe que, dans le cas d'un ordre de paiement électronique, la banque réceptrice déterminerait les procédures d'authentification qu'elle serait disposée à mettre en œuvre. Aussi la banque supporte-t-elle le risque lié à un ordre de paiement non autorisé lorsque les procédures d'authentification ne sont pas au moins "commercialement raisonnables". La détermination de ce qui est commercialement raisonnable pourra varier d'une période à l'autre ou d'un lieu à l'autre, selon la technologie disponible, le coût de cette technologie par rapport au risque encouru et d'autres facteurs applicables compte tenu des circonstances. Le paragraphe 3 de l'article 5 précise que le paragraphe 2 énonce une obligation à laquelle la banque réceptrice ne peut se soustraire par convention. Le paragraphe 2 ne s'applique toutefois pas lorsque la procédure d'authentification consiste en "une simple comparaison de signatures", auquel cas la loi applicable en ce qui concerne les suites données à une signature contrefaite doit être appliquée.

26. Si la procédure d'authentification était commercialement raisonnable et que la banque a respecté cette procédure, l'expéditeur apparent est lié par l'ordre de paiement. Cela tient à deux considérations. Premièrement, la banque n'a pas la possibilité de distinguer entre une utilisation autorisée et une utilisation non autorisée de l'authentification. Les banques ne pourraient proposer des virements électroniques à un prix acceptable si elles devaient supporter le risque dû au fait que des ordres de paiement correctement authentifiés n'auraient néanmoins pas été autorisés. Deuxièmement, si la procédure d'authentification est commercialement raisonnable et que la banque peut démontrer qu'elle l'a respectée, on peut supposer que l'expéditeur est en faute si une personne non autorisée a appris comment authentifier l'ordre de paiement.

27. C'est ici qu'intervient la troisième étape, telle qu'elle est décrite au paragraphe 4 de l'article 5. L'expéditeur ou la banque réceptrice, selon le cas, seront responsables de tout ordre de paiement non autorisé s'il peut être démontré que l'ordre a été envoyé en raison d'une faute de cette partie. Pour ce qui est de la règle relative à la charge de la preuve, on se reportera à ce paragraphe.

B. Paiement de l'expéditeur à la banque réceptrice

28. Parfois, notamment dans le cas de virements effectués par des personnes privées, le donneur d'ordre ne dispose pas d'un compte auprès de la banque du donneur d'ordre et il paie en espèces à cette banque le montant du virement majoré des honoraires applicables. Toutefois, dans la plupart des cas, le donneur d'ordre, c'est-à-dire l'expéditeur, a un compte auprès de la banque à laquelle il fait appel, c'est-à-dire la banque réceptrice. Souvent également, la banque expéditrice a un compte auprès de la banque réceptrice. Dans un tel cas, le paiement de la banque réceptrice est normalement effectué par débit du compte de l'expéditeur qui est tenu par la banque réceptrice. Comme la banque réceptrice est à même de déterminer si le compte est suffisamment créditeur ou si elle est disposée à faire crédit à l'expéditeur pour le montant manquant, l'alinéa *a* de l'article 6 dispose que le paiement est effectué lorsqu'il y a inscription au débit.

29. L'inverse peut également se produire, c'est-à-dire que la banque réceptrice peut détenir un compte auprès de la banque expéditrice. Ou bien, tant la banque expéditrice que la banque réceptrice peuvent détenir des comptes auprès d'une banque tierce. Dans ce cas, la banque expéditrice peut payer la banque réceptrice en créditant le compte de cette dernière ou en donnant ordre à la banque tierce de créditer son compte, le cas échéant. Dans ces deux cas, le solde créditeur de la banque réceptrice auprès de la banque expéditrice ou de la banque tierce augmente, de même que son risque de crédit. Cela sera normalement acceptable à la banque réceptrice. Parfois, cependant, la banque réceptrice ne souhaitera pas avoir un solde créditeur — et donc un risque de crédit — dépassant un niveau donné à la banque expéditrice ou à la banque tierce. C'est pourquoi la Loi type dispose, aux alinéas *b* i et *b* ii de l'article 6, que le paiement est effectué lorsque le crédit "est utilisé [par la banque réceptrice] ou, s'il n'est pas utilisé, le jour ouvré suivant le jour où ce crédit peut être utilisé et où la banque réceptrice a connaissance de ce fait". En d'autres termes, si la banque réceptrice n'utilise pas le crédit et ne souhaite pas supporter le risque de crédit, elle dispose d'un bref délai pour aviser la banque expéditrice que le paiement n'est pas acceptable.

30. Lorsque la banque tierce auprès de laquelle la banque réceptrice détient un compte est une banque centrale, qu'il s'agisse de la banque centrale de son pays ou de celle d'un autre pays, il n'y a pas de risque de crédit (du moins lorsque le crédit est libellé dans la monnaie de la banque centrale). Aussi l'alinéa *b* iii de l'article 6 dispose-t-il que le paiement est effectué "lorsque le règlement définitif est effectué en faveur de la banque réceptrice".

31. Il existe un quatrième important mode de paiement de la banque réceptrice : la compensation de l'obligation de la banque expéditrice au moyen d'autres obligations découlant d'autres ordres de paiement. La compensation peut se faire conformément à un accord de compensation bilatérale conclu entre les deux banques. Elle doit également être conforme "aux règles d'un système de transfert de fonds prévoyant le règlement des obligations entre les participants bilatéralement ou multilatéralement". S'il y a compensation dans un de ces cas, l'alinéa *b* iv de l'article 6 dispose que le paiement des diverses banques réceptrices au titre de chacun des ordres de paiement a lieu "lorsque le règlement définitif est effectué en faveur de la banque réceptrice conformément" à l'accord ou aux règles.

32. Une mise en garde doit être faite à ce stade. La compensation et les conséquences de la compensation en cas d'insolvabilité d'une des parties font l'objet de controverses. La Banque des règlements internationaux étudie cette question depuis un certain temps. La Loi type ne prend pas de position sur la validité ou les effets d'un accord de compensation en vertu de la loi applicable. Elle se contente de disposer qu'une banque expéditrice paie la banque réceptrice en vertu d'un ordre de paiement lorsqu'il y a un accord de compensation valide.

C. Obligations de la banque réceptrice

33. Les obligations de la banque réceptrice se divisent en deux parties : les obligations qui découlent d'un virement mené à bien et les obligations qui lui incombent quand le virement n'est pas mené à bien. La plupart des ordres de paiement reçus par une banque sont exécutés promptement, et le virement est mené à bien. On peut donc dire que, dans le cadre d'un tel virement, la banque réceptrice n'a jamais d'obligation en suspens en vertu de l'ordre de paiement.

34. La Loi type énonce aux articles 8-2 et 10-1 l'obligation qu'a la banque réceptrice d'exécuter un ordre de paiement qu'elle "accepte". La banque réceptrice autre que la banque du bénéficiaire est tenue d'émettre un ordre de paiement donnant suite de manière appropriée à l'ordre de paiement reçu. La banque du bénéficiaire est tenue de mettre les fonds à la disposition du bénéficiaire. Tant que la banque réceptrice n'a pas "accepté" l'ordre de paiement, elle n'est pas tenue d'y donner suite. Les règles quant au moment où la banque réceptrice accepte un ordre de paiement sont énoncées aux articles 7-2 et 9-1.

35. Dans la plupart des cas, une banque réceptrice qui n'est pas la banque du bénéficiaire accepte un ordre de paiement lorsqu'elle émet son propre ordre de paiement en vue de donner suite à l'ordre de paiement reçu. La banque du bénéficiaire accepte un ordre de paiement lorsqu'elle crédite le compte du bénéficiaire. Dans ces deux cas, la banque réceptrice, qu'elle soit ou non la banque du bénéficiaire, assume son obligation principale et s'en acquitte par le même acte. Toutefois, une banque réceptrice peut accepter un ordre de paiement d'une autre manière avant d'exécuter cet ordre.

36. Certains systèmes de transfert de fonds comportent une règle selon laquelle la banque réceptrice doit exécuter tous les ordres de paiement qu'elle reçoit d'un autre membre du système. La Loi type dispose que, dans un tel cas, la banque réceptrice accepte l'ordre de paiement lorsqu'elle le reçoit.

37. Une banque réceptrice qui débite le compte de l'expéditeur pour obtenir paiement ou qui avise l'expéditeur qu'elle accepte l'ordre de paiement accepte ce dernier lorsqu'elle débite le compte ou donne avis.

38. Une dernière méthode d'acceptation de l'ordre de paiement mérite une attention particulière. Le principe énoncé dans la Loi type est le suivant : une banque qui reçoit un ordre de paiement, ainsi que le paiement correspondant, doit soit exécuter l'ordre, soit donner avis de son refus. Si la banque réceptrice n'accomplit ni l'une ni l'autre de ces démarches dans le délai requis, elle est réputée avoir accepté l'ordre de paiement, ainsi que les obligations en découlant. L'article 11 dispose que, normalement, la banque réceptrice est tenue d'exécuter l'ordre de paiement au plus tard le jour ouvré suivant le jour où elle l'a reçu, avec valeur à compter du jour de la réception.

39. La banque réceptrice a également des obligations lorsque le virement n'aboutit pas. Certains ordres de paiement, ou ordres de paiement apparents, sont viciés. Il se peut qu'un message reçu ne contienne pas suffisamment de données pour constituer un ordre de paiement ou que, étant un ordre de paiement, l'instruction ne puisse pas être exécutée en raison de l'insuffisance des données. Par exemple, dans les ordres de paiement exprimant le montant à transférer de deux manières (en chiffres et en lettres), les deux indications peuvent ne pas concorder. Cela peut également être le cas

lorsque le bénéficiaire est par exemple identifié par son nom et son numéro de compte. Lorsque les données sont insuffisantes, la banque réceptrice est tenue d'aviser l'expéditeur du problème. Lorsqu'il y a défaut de concordance dans des éléments d'information et que la banque réceptrice constate ledit défaut, elle est tenue également d'en aviser l'expéditeur.

40. La banque réceptrice peut assumer d'autres obligations après avoir émis son propre ordre de paiement conforme. L'achèvement d'un virement international peut être retardé sans que le donneur d'ordre ni le bénéficiaire ne sache ce qui s'est produit. Dans de tels cas, l'article 13 dispose que chacune des banques réceptrices est priée d'aider le donneur d'ordre et de solliciter l'assistance de la banque réceptrice suivante, afin de faire aboutir les procédure bancaires de virement.

41. Si le virement n'est pas achevé, l'article 14-1 dispose que "la banque du donneur d'ordre est tenue de restituer au donneur d'ordre tout paiement reçu de lui, accru des intérêts courant à compter du jour du paiement jusqu'au jour du remboursement". La banque du donneur d'ordre peut à son tour obtenir le remboursement de toute somme qu'elle a versée à la banque réceptrice suivante, accrue d'intérêts, et ladite banque peut obtenir remboursement auprès de la banque réceptrice suivante. La chaîne du remboursement s'arrête à la banque qui n'a pu achever le virement.

42. Dans la pratique, la chaîne des remboursements peut s'arrêter à la banque précédant celle qui n'a pas été à même d'achever le virement. Le virement peut ne pas aboutir parce qu'une banque réceptrice devient insolvable avant d'exécuter l'ordre de paiement reçu, ou parce que l'État prononce un embargo sur les virements du type en question, ou en cas de guerre ou de troubles dans le pays de la banque réceptrice. Dans ces cas, les faits qui ont empêché le virement d'aboutir peuvent également empêcher la banque de rembourser sa banque expéditrice. Parfois, il apparaît à l'évidence que le recours à une ou des banques particulières dans un pays donné est risqué. Dans un tel cas, une banque, et notamment la banque du donneur d'ordre, peut refuser d'accepter l'ordre de paiement, à moins que son expéditeur ne lui ordonne de recourir à une banque intermédiaire particulière pour achever le virement. Lorsque la banque ne peut obtenir remboursement de la banque intermédiaire parce que cette dernière a suspendu ses paiements ou que la loi lui interdit de procéder au remboursement, elle n'est alors pas tenue de rembourser son expéditeur. Toutefois, afin que de tels cas ne soient pas invoqués comme prétexte pour ne pas rembourser, la banque réceptrice qui sollicite systématiquement de son expéditeur des instructions quant à la banque intermédiaire à utiliser pour les virements reste tenue de rembourser dans tous les cas.

D. Responsabilité de la banque en cas de défaut d'exécution d'une de ses obligations

43. Il a déjà été noté que la banque du donneur d'ordre devait rembourser au donneur d'ordre le montant du virement accru d'intérêts si le virement n'était pas achevé. Cette "garantie de remboursement" est plutôt une garantie de restitution et ne constitue pas un engagement de responsabilité pour défaut d'exécution d'une obligation.

44. Si l'on analyse plus attentivement l'opération de virement, il apparaît clairement que, si le virement est achevé, le seul type de défaut d'exécution pouvant engager la responsabilité d'une banque consiste en un retard dans l'achèvement du virement. Quelle que soit la banque réceptrice à l'origine du retard, le compte du donneur d'ordre sera débité au moment prévu, mais le compte du bénéficiaire sera crédité plus tard que prévu. Aussi la Loi type dispose-t-elle à l'article 17-1 que la banque réceptrice qui a causé le retard est responsable envers le bénéficiaire, et ce, bien que le bénéficiaire n'ait de relations contractuelles avec aucune banque dans la chaîne du virement, à l'exception de sa propre banque.

45. La banque qui est responsable du retard est tenue de payer des intérêts. Il n'est pas rare, dans de nombreux systèmes de virement, qu'une banque qui retarde l'exécution de l'ordre de paiement reçu envoie un ordre de paiement correspondant au montant du virement majoré d'intérêts appropriés du fait du retard. Si la banque agit ainsi, sa banque réceptrice est tenue de transférer l'intérêt au bénéficiaire. Comme la banque responsable du retard a agi de manière à dédommager le bénéficiaire, elle est libérée de sa responsabilité. Si les intérêts ne sont pas transférés au bénéficiaire comme le prévoit l'article 17, le bénéficiaire a le droit de les recouvrer directement auprès de la banque qui les détient.

46. Si l'objet du virement est l'acquittement d'une obligation du donneur d'ordre envers le bénéficiaire, le bénéficiaire peut avoir touché des intérêts du donneur d'ordre du fait du retard dans l'exécution de cette obligation. Dans ce cas, l'article 17-3 autorise le donneur d'ordre, plutôt que le bénéficiaire, à recouvrer les intérêts auprès de la banque responsable du retard.

47. A une exception près, le recouvrement des intérêts prévu à l'article 17 est le seul recours dont dispose le donneur d'ordre ou le bénéficiaire. Aucun autre recours fondé sur d'autres moyens de droit n'est autorisé. Conformément à l'article 18, la seule exception est lorsqu'une banque a mal exécuté ou n'a pas exécuté l'ordre de paiement "*a)* avec l'intention délibérée de causer un préjudice ou *b)* témérairement et sachant pertinemment qu'un préjudice pourrait en résulter". Dans ces circonstances particulières, imputables à un comportement inacceptable de la part de la banque, les recours peuvent se fonder sur tout moyen de droit disponible en dehors de la Loi type.

E. L'achèvement du virement et ses conséquences

48. Selon l'article 19-1, "le virement s'achève lorsque la banque du bénéficiaire accepte un ordre de paiement en faveur de celui-ci". A ce stade, le système bancaire s'est acquitté de ses obligations envers le donneur d'ordre. Si la banque du bénéficiaire n'agit pas comme il convient, c'est au bénéficiaire de s'en préoccuper. Cette question n'est pas régie pas la Loi type, mais pas la loi régissant la relation de compte.

49. L'article 19-1 dispose également qu'"à l'achèvement du virement, la banque du bénéficiaire est redevable [au

bénéficiaire] du montant de l'ordre de paiement qu'elle a accepté". La Loi type ne traite pas de la question de savoir si la banque du bénéficiaire doit créditer le compte du bénéficiaire ni du moment où elle doit mettre les fonds à sa disposition. Il s'agit là de questions qui seront régies par la loi applicable à la relation de compte, y compris tout arrangement contractuel entre le bénéficiaire et sa banque.

50. Dans de nombreux virements, le donneur d'ordre et le bénéficiaire sont une seule et même personne, qui transfère simplement ses fonds d'une banque à une autre. Dans ce cas, l'achèvement du virement ne modifie de toute évidence pas la relation juridique entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire. Il ne modifie que la relation entre le client en tant que donneur d'ordre et la banque du donneur d'ordre et entre le client en tant que bénéficiaire et la banque du bénéficiaire.

51. D'autres virements ont pour objet l'acquittement d'une obligation du donneur d'ordre envers le bénéficiaire. De nombreux participants aux travaux de la CNUDCI ont estimé que la Loi type devrait disposer que l'obligation est acquittée lorsque le virement est achevé, dans la mesure où elle serait acquittée par le versement d'une somme équivalente en espèces. D'autres participants n'ont pas jugé que la Loi type devrait énoncer une telle règle, soit parce qu'ils ne pensaient pas qu'une règle sur l'acquittement d'une obligation contractuelle ou autre devrait être incluse dans une loi relative à l'opération bancaire, soit parce qu'ils jugeaient que la règle proposée n'était pas correcte. La CNUDCI a finalement décidé d'inclure la règle en tant que note relative à l'article 19, "à l'intention des États qui pourraient souhaiter l'adopter".

Pour plus de renseignements sur la Loi type, on pourra s'adresser au secrétariat de la CNUDCI.

B. Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux : note du Secrétariat*

(A/CN.9/386) [Original : anglais]

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes
INTRODUCTION	1-3
I. HISTORIQUE DE LA CONVENTION	4-11
II. CARACTÉRISTIQUES PRINCIPALES DE LA CONVENTION	12-46
A. Champ d'application et forme de l'effet	12-18
B. Interprétation de la Convention	19-20
C. Les notions de "porteur" et "porteur protégé"	21-26
D. Garanties de transmission	27-29
E. Garanties et avals	30-32
F. Autres dispositions novatrices d'importance pratique	33-44
G. Dispositions finales	45-46

INTRODUCTION

1. La Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux est l'aboutissement de quinze années de travail de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI). Elle a été adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies sur recommandation de la Sixième Commission (juridique), le 9 décembre 1988.

2. La Convention présente un ensemble de règles modernes et détaillées à usage optionnel dans les opérations internationales, régissant les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux qui satisfont aux conditions de forme requises. Lors de l'élaboration de la Convention, on s'est délibérément attaché à réduire au minimum les écarts par rapport aux deux grands systèmes juridiques et l'on a préservé, dans toute la mesure possible, les règles sur lesquelles ces deux systèmes concordent. Lorsqu'il y avait conflit, exigeant le choix de la règle énoncé par l'un de ces systèmes ou une solution de compromis, la Convention a introduit un certain nombre de dispositions novatrices. D'autres règles, novatrices elles aussi, sont le résultat des efforts déployés par la Commission pour adapter la Convention aux nouvelles exigences du commerce et aux pratiques des banques et des marchés financiers.

3. La Convention se divise en neuf chapitres. Le chapitre premier traite du domaine d'application et de la forme de

*La présente note a été établie par le secrétariat de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) à des fins d'information; il ne s'agit pas d'un commentaire officiel de la Convention. Les commentaires établis par le secrétariat sur les projets antérieurs qui ont abouti à la Convention ont été publiés sous les cotes A/CN.9/213 (document reproduit dans l'*Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, vol. XIII : 1982, deuxième partie, II, A, 4) et A/CN.9/67 (document reproduit dans l'*Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, vol. III : 1972, deuxième partie, II, 1).

l'effet que régit la Convention. Le chapitre II contient les définitions et d'autres dispositions générales, notamment des règles sur l'interprétation des diverses conditions de forme. Le chapitre III traite de questions liées à la transmission d'un effet. Le chapitre IV porte sur les droits et obligations des signataires et des porteurs de l'effet. Le chapitre V traite de questions liées à la présentation de l'effet, au refus d'acceptation ou de paiement et aux conditions régissant le droit de recours des parties. Le chapitre VI porte sur la libération du signataire de l'effet. Les chapitres VII et VIII traitent des effets perdus et de la prescription. Enfin, le chapitre IX énonce les dispositions finales.

I. HISTORIQUE DE LA CONVENTION

4. La Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux marque l'aboutissement d'efforts déployés pour instaurer un régime juridique international moderne et autonome, applicable dans le monde entier.

5. A sa toute première session, en 1968, la CNUDCI a décidé qu'outre la vente internationale de biens mobiliers corporels et l'arbitrage commercial international, les paiements internationaux recevraient la priorité dans son programme de travail futur. On estimait qu'il fallait continuer de promouvoir l'utilisation des lettres de change et billets à ordre pour les paiements internationaux, malgré l'apparition de nouveaux mécanismes de paiement. Ces nouvelles pratiques et techniques, jugeait-on, ne remplaceraient pas les usages plus conventionnels, notamment dans l'important domaine du financement des opérations internationales.

6. Dès le départ, la CNUDCI s'est attachée à trouver des moyens d'aplanir les très nombreuses divergences entre les diverses législations des effets de commerce. Les tentatives précédentes d'unification du droit des effets de commerce n'avaient abouti que pour une région limitée ou pour des pays ayant la même tradition juridique. Par exemple, les activités entreprises à La Haye en 1910 et 1912 et, dans le cadre de la Société des Nations, en 1930 et 1931, qui ont débouché sur l'adoption des lois uniformes de Genève sur les lettres de change, les billets à ordre et les chèques, n'ont permis d'harmoniser la législation des effets de commerce que pour certains pays de droit romain; pour ce qui est des pays de *common law*, l'harmonisation se fondait sur le Bills of Exchange Act 1882 du Royaume-Uni, dont découlait la Negociable Instruments Law des États-Unis (remplacée par l'article 3 du Code de commerce uniforme) et les divers Bills of Exchange Acts des pays du Commonwealth. Mais, malgré ces efforts, il subsistait d'importantes divergences dans la jurisprudence et la pratique commerciale, même parmi les pays ayant la même tradition juridique.

7. La CNUDCI a en premier lieu consulté l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT), qui avait auparavant traité de la question de l'unification du droit des effets de commerce. Sur la demande de la Commission, UNIDROIT a établi un rapport préliminaire sur la possibilité d'unifier davantage la législation des lettres de change et des chèques. A la lumière de ce rapport, la Commission a envisagé trois méthodes possibles pour promouvoir cette unification. Premièrement, encourager l'acceptation des Conventions de Genève de 1930 et 1931. Deuxièmement, réviser les Conventions de Genève de 1930 et 1931, afin de les rendre plus acceptables aux pays appliquant le système anglo-américain; et, troisièmement, établir une nouvelle législation des effets de commerce. Les débats qui s'en sont suivis ont fait apparaître que la méthode qui avait le plus de chance de succès serait la création d'une nouvelle législation des effets de commerce; il a en effet été jugé qu'une simple révision des Conventions de Genève ne les rendrait pas plus acceptables aux pays de *common law*.

8. Avant de commencer à élaborer une nouvelle législation des effets de commerce, la Commission a décidé de procéder à une enquête approfondie afin d'obtenir les avis et suggestions des gouvernements, des banques et des établissements commerciaux. Elle a établi et distribué un questionnaire détaillé et analysé les réponses reçues qui portaient sur les méthodes et pratiques utilisées pour effectuer et recevoir des paiements internationaux, les problèmes rencontrés dans le paiement d'opérations internationales au moyen d'effets de commerce et la portée éventuelle d'une nouvelle loi uniforme. Cette analyse a permis de constater que la seule approche possible consisterait à élaborer un nouvel ensemble de règles qui seraient applicables à un effet de commerce spécial d'utilisation optionnelle pour les opérations internationales.

9. Le secrétariat de la CNUDCI a d'abord élaboré un projet de loi uniforme sur les lettres de change internationales, accompagné d'un commentaire. Ce projet a ensuite été élargi aux billets à ordre internationaux. Il a été révisé durant 14 sessions du Groupe de travail des effets de commerce internationaux et durant trois sessions de la Commission elle-même. Lors de la cinquième session du Groupe de travail, il a été décidé de donner aux nouvelles dispositions la forme d'une convention, plutôt que d'une loi uniforme.

10. La Convention, telle qu'elle a été adoptée, vise à faciliter le commerce et le financement internationaux. Durant toutes les étapes de l'élaboration de la Convention, il a toujours été tenu compte des observations et commentaires des gouvernements, des banques, des milieux commerciaux et autres milieux intéressés.

11. La Convention ne veut pas remplacer les lois nationales en vigueur. Elle présente, pour les opérations internationales, un ensemble détaillé de règles d'utilisation optionnelle, éprouvées d'un point de vue théorique et pratique et fondées sur un ensemble de principes cohérents, essentiels à toutes les lois connues régissant les lettres de change et les billets à ordre.

II. CARACTÉRISTIQUES PRINCIPALES DE LA CONVENTION

A. Champ d'application et forme de l'effet

12. La Convention ne s'applique qu'aux lettres de change internationales et aux billets à ordre internationaux qui satisfont à certaines conditions de forme. En particulier, elle ne s'applique qu'aux effets internationaux comportant à la fois dans leur en-tête et dans leur texte les mots "Lettre de change internationale (Convention de la CNUDCI)" ou "Bil-

let à ordre international (Convention de la CNUDCI)". L'utilisation d'un effet régi par la Convention est ainsi entièrement optionnelle. Lorsqu'un État ratifie la Convention ou y adhère, il ne soumet pas tous les effets internationaux émis dans cet État au régime juridique établi par la Convention, mais donne simplement aux banquiers et aux commerçants la possibilité d'opter pour ce nouveau régime juridique s'ils le jugent préférable.

13. La Commission donne sa propre définition des mots "lettre de change" et "billet à ordre" et énonce explicitement les conditions auxquelles une lettre de change ou un billet à ordre seront considérés comme internationaux. Selon la Convention, une lettre de change est un instrument écrit qui : *a)* contient le mandat inconditionnel donné par le tireur au tiré de payer une somme déterminée au bénéficiaire ou à son ordre; *b)* est payable à vue ou à une échéance déterminée; *c)* est datée, et *d)* est signée par le tireur. Un billet à ordre est un instrument écrit qui : *a)* contient l'engagement inconditionnel pris par le souscripteur de payer une somme déterminée au bénéficiaire ou à son ordre; *b)* est payable à vue ou à une échéance déterminée; *c)* est daté; *d)* est signé par le souscripteur.

14. Pour être considérée comme internationale en vertu de la Convention, la lettre de change doit désigner au moins deux des lieux énumérés au paragraphe 1 de l'article 2, et deux au moins de ces lieux doivent être situés dans des États différents. Les lieux en question sont les suivants : le lieu où la lettre est tirée, le lieu désigné à côté de la signature du tireur, le lieu désigné à côté du nom du tiré, le lieu désigné à côté du nom du bénéficiaire et le lieu du paiement. Quant au billet à ordre international, il doit désigner au moins deux des lieux spécifiés au paragraphe 2 de l'article 2, et au moins deux de ces lieux doivent être situés dans des États différents. Les lieux en question sont les suivants : le lieu où le billet est souscrit, le lieu désigné à côté de la signature du souscripteur, le lieu désigné à côté du nom du bénéficiaire et le lieu du paiement.

15. L'instrument répondant aux critères susmentionnés doit satisfaire à une autre condition pour être considéré comme un instrument international en vertu de la Convention : un lieu important doit également être spécifié sur l'effet et être situé dans un État qui est partie à la Convention. Dans le cas de la lettre de change, il s'agit soit du lieu où la lettre est tirée, soit du lieu du paiement. Dans le cas du billet à ordre, il s'agit du lieu du paiement. Un État peut toutefois déclarer, lorsqu'il devient partie à la Convention, que ses tribunaux n'appliqueront la Convention que si le lieu indiqué sur l'effet où la lettre de change est émise, ou le billet à ordre souscrit, et le lieu de paiement indiqué sur l'effet sont situés tous deux dans des États contractants. Il s'agit là de la seule réserve autorisée en vertu de la Convention.

16. Les règles juridiques énoncées dans la Convention s'appliquent même en cas de déclaration incorrecte ou fausse quant à un lieu indiqué sur l'effet. Cette disposition donne effet à un principe commun aux lois nationales relatives aux lettres de change, selon lequel les effets ne doivent être jugés que sur leur texte — c'est à dire les informations qui y figurent. Elle se justifie également pour des raisons pratiques car toute disposition contraire aurait jeté le doute sur l'applicabilité des règles et, en fin de compte, entravé la libre circulation des lettres et billets internationaux. La Convention laisse aux lois nationales le soin de traiter de la question des sanctions à imposer en cas de déclaration incorrecte ou fausse sur un effet.

17. Conformément à la tendance qui ressort de certains systèmes juridiques nationaux, la Convention ne permet pas que les effets de commerce soient tirés sur deux tirés ou plus, ou soient payables au porteur. Aucune de ces restrictions n'est importante dans la pratique : rien n'interdit à un bénéficiaire ou endossataire spécial d'émettre un effet régi par la Convention qui soit payable au porteur en l'endossant en blanc; et les effets à tirés multiples sont rares et sont source de confusion.

18. La Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux ne régit pas les chèques internationaux. Ceux-ci ont fait l'objet d'un projet parallèle de la CNUDCI, qui a élaboré un projet de Convention. S'il a été décidé d'élaborer d'un côté des règles uniformes sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux et de l'autre des règles uniformes sur les chèques internationaux, plutôt que d'établir un texte unique, c'est essentiellement pour tenir compte des juridictions de droit romain qui considèrent traditionnellement les lettres de change et les chèques comme des instruments distincts remplissant des fonctions différentes. Les travaux sur le projet de Convention relatif aux chèques internationaux ont été suspendus en 1984, en raison notamment du fait que l'on a jugé que les chèques jouaient maintenant un rôle moins important dans les paiements internationaux.

B. Interprétation de la Convention

19. Un ensemble de règles internationales visant à unifier un certain domaine du droit ne peut atteindre son objectif ultime que s'il est interprété de manière rationnelle et cohérente par tous les systèmes juridiques qui l'appliquent. Comme nombre d'autres textes juridiques internationaux, la Convention dispose que les tribunaux qui l'interprètent doivent tenir compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application et d'assurer le respect de la bonne foi dans les opérations internationales.

20. Pour promouvoir cet objectif d'une interprétation uniforme, le secrétariat de la CNUDCI publie des recueils de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, qui contiennent des sommaires de décisions judicaires ou sentences arbitrales fondées sur les Conventions ou Lois types émanant des travaux de la CNUDCI.

C. Les notions de "porteur" et "porteur protégé"

21. Afin d'être largement acceptée dans les milieux commerciaux et d'assurer la libre circulation de ses effets dans le commerce international, la Convention énonce clairement le principe de la négociabilité.

22. Lorsqu'ils ont traité de la question des droits du porteur d'un effet et des limitations de ces droits du fait de créances

et exceptions d'autres personnes, les rédacteurs de la Convention ont dû opérer un choix entre deux approches radicalement différentes, mais toutes deux justifiables, celle des systèmes de droit romain et celle des systèmes de *common law*. La solution choisie consiste en un système pragmatique à deux niveaux établissant une distinction entre le simple porteur et le "porteur protégé". Les droits du porteur protégé sont moins restreints par les créances et exceptions d'autres personnes que les droits d'un porteur ordinaire.

23. La solution, bien que techniquement similaire au mécanisme adopté dans les juridictions de *common law*, constitue en fait un compromis, car elle emprunte à la fois à l'approche du droit romain et à celle de la *common law*. Par exemple, en vertu de la Convention, une personne peut être porteur même si l'effet a été acquis dans des circonstances — notamment les cas d'incapacité, de fraude, de violence ou d'erreur de quelque sorte que ce soit — qui pourraient fonder une action ou une exception relative à l'effet. Ce régime est plus proche de celui du droit romain que de celui de la *common law*. Ce qui est sans doute le plus important, c'est qu'une personne qui est en possession d'un effet en tant qu'endossataire, ou d'un effet sur lequel le dernier endossement est en blanc et sur lequel apparaît une série ininterrompue d'endossements, peut bénéficier du statut de porteur protégé, même si tout endossement figurant sur l'effet a été contrefait ou signé par un représentant sans pouvoir.

24. La Convention élargit la protection accordée aux porteurs protégés en omettant la condition selon laquelle le porteur protégé doit avoir donné une contrepartie pour l'effet. En outre, le critère permettant de déterminer si l'on est un porteur protégé est facile à satisfaire et tout porteur est présumé être un porteur protégé sauf preuve contraire.

25. Bien qu'il ne soit pas aussi bien protégé qu'un porteur protégé, le simple porteur n'est pas totalement sans défense face aux créances et exceptions d'autres personnes. Le porteur se voit en fait accorder une protection appréciable en application des règles énoncées dans la Convention qui n'autorisent certains types d'actions ou d'exceptions que si le porteur en avait connaissance ou s'il a participé à une fraude ou un vol concernant l'effet.

26. En vertu de la Convention, la transmission d'un effet par un porteur protégé confère au porteur suivant les droits relatifs à l'effet qu'avait ledit porteur protégé. Cette "règle de protection" favorise elle aussi la négociabilité des effets. Elle intéresse particulièrement le porteur protégé en tant que cédant, puisqu'elle préserve le montant qu'il a investi en prenant l'effet. Il n'est toutefois pas possible à un porteur qui n'a droit à aucune protection de tout simplement "blanchir" un effet en le transmettant à un porteur protégé puis en le reprenant.

D. Garanties de transmission

27. L'article 45 de la Convention éclaircit une question qui est traitée différemment dans les principaux systèmes juridiques. En outre, il incorpore dans la législation des effets de commerce un principe qui n'est énoncé que par la législation générale des ventes ou des contrats dans les juridictions de droit romain.

28. Cette règle dispose que, sauf convention contraire, toute personne qui transmet un effet, par endossement et par remise ou par simple remise, donne implicitement certaines assurances en ce qui concerne la qualité de l'effet et garantit notamment qu'elle n'a connaissance d'aucun fait de nature à compromettre le droit du cessionnaire au paiement de l'effet à l'égard du débiteur principal. Elle garantit ainsi que l'effet ne comporte pas de signature contrefaite ou non autorisée et n'a pas été altéré. La responsabilité du cédant en vertu de cet article n'est mise en cause que si le cessionnaire a reçu l'effet sans avoir connaissance du fait donnant lieu à une telle responsabilité.

29. La responsabilité ainsi encourue est à la fois plus faible et plus forte que celle encourue par l'endosseur. Elle est plus faible en ce sens qu'elle ne garantit pas le paiement de l'effet et ne vaut que pour le cessionnaire immédiat; elle est plus forte en ce sens que le cessionnaire peut recouvrer, même avant l'échéance, le montant qu'il a payé au cédant, qu'il y ait eu ou non présentation, refus d'acceptation ou protêt.

E. Garanties et avals

30. Les dispositions de la Convention traitant de la responsabilité du garant constituent l'une des caractéristiques les plus attrayantes du texte. La Convention reconnaît adroitement à la fois l'aval — le type de garantie du système de Genève — et l'autre type de garantie moins fort que l'on rencontre dans les juridictions de *common law*.

31. L'article 46 de la Convention dispose que le paiement d'un effet peut être garanti soit avant, soit après l'acceptation, pour tout ou partie de son montant, pour le compte d'un signataire ou du tiré. La garantie peut être donnée par toute personne, qu'elle soit déjà signataire ou non. La garantie est exprimée par les mots "bon pour garantie", "aval", "bon pour aval", ou toute autre formule équivalente, accompagnée de la signature du garant, ou effectuée par simple signature au recto de l'effet. En fait, une simple signature au recto de l'effet, autre que celle du souscripteur, du tireur ou du tiré, est une garantie. Le libellé utilisé pour donner une garantie détermine la nature de l'obligation assumée par le garant. A défaut de toute indication de la personne pour laquelle la garantie est donnée, la Convention interprète cette garantie comme étant donnée pour le tireur, l'accepteur ou le souscripteur.

32. La différence essentielle entre les deux types de garantie reconnus par la Convention tient aux exceptions que peut invoquer un garant contre un porteur ou un porteur protégé. Les garanties diffèrent selon les mots utilisés pour les exprimer (par exemple, les mots "bon pour garantie" n'ont pas les mêmes conséquences que le mot "aval") et selon que le garant est ou non une institution financière. Un garant qui est une banque ou une autre institution financière et qui donne sa garantie par simple signature est considéré comme ayant donné le type de garantie le plus fort, soit l'"aval"; un garant qui n'est pas une banque ou une autre institution financière et qui agit de même est considéré comme ayant donné le type de garantie le plus faible.

F. Autres dispositions novatrices d'importance pratique

33. La Convention introduit un certain nombre de dispositions qui devraient favoriser la pratique commerciale moderne. La Convention tient en effet compte de l'évolution de cette pratique, alors que nombre des règles énoncées dans les diverses législations des effets de commerce n'ont pas suivi l'évolution des pratiques commerciales. On notera en particulier les dispositions novatrices suivantes.

1. *Effets à taux d'intérêt variables*

34. La Convention permet que les effets stipulent un taux d'intérêt variable sans pour autant perdre leur négociabilité. Lorsque la technique utilisée est conforme aux conditions énoncées dans la Convention, la somme payable est réputée être une somme déterminée, malgré le taux d'intérêt variable. Pour protéger les débiteurs, la Convention dispose que les taux ne doivent varier que conformément aux dispositions énoncées sur l'effet et sur la base d'un ou plusieurs taux de référence publiés ou ayant fait l'objet d'une quelconque autre mesure de publicité. Afin de protéger encore les débiteurs, la Convention dispose que le taux ne doit pas être susceptible, directement ou indirectement, d'une détermination unilatérale par toute personne qui, au moment où la lettre de change est tirée ou au moment où le billet à ordre est souscrit, est nommée sur l'effet, à moins que cette personne n'y figure que par référence à un taux d'intérêt. Des limites peuvent également être stipulées quant aux variations autorisées du taux d'intérêt.

2. *Taux de change non indiqués sur l'effet*

35. La Convention permet également qu'il soit fait référence à un taux de change non indiqué sur l'effet, c'est-à-dire un taux de change bancaire en un lieu particulier à une date donnée, pour le calcul du montant payable en vertu de l'effet. Là aussi, le montant payable en vertu de l'effet est réputé être un montant déterminé, même s'il est précisé sur l'effet que celui-ci sera payé conformément à un taux de change indiqué sur l'effet ou à déterminer selon les indications y figurant.

3. *Effets payables par versements à échéances successives*

36. La Convention autorise les effets payables par versements à échéances successives. Ces effets peuvent comporter une "clause d'accélération", c'est-à-dire une disposition selon laquelle, au cas où un versement ne serait pas effectué, la totalité du solde deviendrait immédiatement exigible.

4. *Effets libellés et payables en une unité monétaire de compte*

37. La Convention institue un régime selon lequel les effets peuvent être payables en une unité de valeur autre que les monnaies officielles des États. A cette fin, elle définit le terme "monnaie" comme englobant non seulement les moyens d'échange adoptés par les gouvernements en tant que monnaie officielle, mais aussi une unité monétaire de compte établie par une institution intergouvernementale ou par un accord entre deux États ou plus, par exemple le droit de tirage spécial (DTS) du Fonds monétaire international, l'unité monétaire européenne (écu) et l'unité de compte de la Zone d'échanges préférentiels pour les États d'Afrique australe et d'Afrique de l'Est. La Convention comporte également une nouvelle règle utile permettant de déterminer la monnaie de paiement lorsque l'unité monétaire de compte dans laquelle l'effet est libellé n'est pas transférable entre la personne effectuant le paiement et la personne le recevant.

5. *Obligations concernant la monnaie de paiement*

38. La Convention s'attache à éviter les controverses qui peuvent se produire lorsque un effet est tiré ou souscrit dans une monnaie autre que celle du lieu où le paiement doit être effectué. Son texte dispose que, sauf dans les cas où le tireur ou le souscripteur d'un effet ont indiqué que celui-ci sera payé dans une monnaie spécifiée autre que la monnaie dans laquelle est exprimé le montant, le paiement sera effectué dans cette dernière monnaie. Le cas échéant, cette règle empêchera un débiteur de s'acquitter de son obligation en payant dans une autre monnaie, par exemple en monnaie locale. Elle devrait contribuer à réduire les incertitudes en cas de fluctuation des taux de change.

39. Afin d'éviter d'empiéter sur les réglementations des changes et d'autres dispositions relatives à la protection de la monnaie d'un État, la Convention comporte un certain nombre de règles modificatrices à appliquer dans des circonstances exceptionnelles.

6. *Signature non manuscrite*

40. Dans ce cas aussi, la Convention s'efforce d'adapter la législation aux nouvelles techniques en disposant que le terme "signature" désigne non seulement la signature manuscrite, mais aussi un facsimilé de celle-ci ou une authentification équivalente effectuée par tout autre moyen.

7. *Règles relatives aux effets perdus*

41. De nouvelles règles sont énoncées en ce qui concerne la perte de l'effet. En particulier, le signataire auquel le paiement d'un effet perdu est demandé peut exiger de la personne qui demande le paiement de constituer une sûreté pour le garantir du préjudice qu'il pourrait subir du fait du paiement ultérieur de l'effet perdu.

8. *Le protêt simplifié*

42. La Convention assouplit les règles très détaillées que l'on rencontre en la matière dans les juridictions de *common law*. Elle offre également de nouvelles règles communes pour les États du système de Genève qui ne disposent pas d'une réglementation en ce qui concerne les procédures à suivre pour dresser protêt. Dans le cadre du nouveau régime,

à moins que l'effet ne stipule qu'un protêt doit être dressé, le protêt peut être remplacé par une déclaration écrite sur l'effet, signée et datée par le tiré, l'accepteur ou le souscripteur ou, en cas de domiciliation chez une personne nommément désignée, par le domiciliataire. La déclaration doit constater le refus d'acceptation ou de paiement. La Convention étend en outre à quatre jours ouvrables le délai normalement accordé pour dresser protêt.

9. *Délai de prescription uniforme*

43. La Convention prévoit un délai de prescription uniforme. Il est fixé à quatre ans pour presque toutes les actions découlant d'un effet régi par la Convention. La seule exception est la suivante : lorsqu'un signataire paie un effet obligeant au premier chef un autre signataire, son droit d'action en remboursement est prescrit après un an.

10. *Émission d'effets "sans recours"*

44. La Convention comporte une règle qui devrait faciliter la pratique de l'affacturage à forfait (*forfaiting*). En vertu de cette nouvelle règle, le tireur d'une lettre de change peut exclure ou limiter son obligation personnelle en ce qui concerne l'acceptation ou le paiement par une stipulation expresse portée sur la lettre de change. Cette stipulation n'a d'effet que si un autre signataire est ou devient obligé en vertu de la lettre de change.

G. Dispositions finales

45. Les dispositions finales comportent les clauses habituelles désignant le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies comme dépositaire de la Convention. La Convention a été ouverte à la signature jusqu'au 30 juin 1990 et reste ouverte à la ratification, à l'acceptation ou à l'approbation des États signataires. Elle est ouverte à l'adhésion de tous les États qui ne sont pas signataires depuis la date à laquelle elle a été ouverte à la signature. Conformément au paragraphe 1 de l'article 89, la Convention doit entrer en vigueur le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de douze mois après la date du dépôt du dixième instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion.

46. Les textes anglais, arabe, chinois, espagnol, français et russe de la Convention sont également authentiques. Les dispositions finales comportent également des clauses traitant de l'application de la Convention dans les États comprenant deux unités territoriales ou plus, dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent.

Pour plus de renseignements sur la Convention, on pourra s'adresser au secrétariat de la CNUDCI.

VII. RESPONSABILITÉ DES EXPLOITANTS DE TERMINAUX DE TRANSPORT

Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international : note du Secrétariat*

(A/CN.9/385) [Original : anglais]

1. La Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international a été adoptée le 17 avril 1991 et a été ouverte à la signature le 19 avril 1991 par une conférence diplomatique universelle tenue à Vienne (Autriche). Elle s'inspire d'un texte établi par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) et d'un avant-projet antérieur de convention élaboré par l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT).

2. La Convention établit un régime juridique uniforme concernant la responsabilité d'un exploitant de terminal de transport ("exploitant de terminal" ou "exploitant") en cas de perte ou d'endommagement de marchandises ainsi que de retard dans la remise desdites marchandises. Les exploitants de terminaux sont des entreprises commerciales qui manutentionnent des marchandises avant, pendant ou après le transport de ces marchandises. Leurs services peuvent être loués par l'expéditeur, le transporteur ou le destinataire. En général, un exploitant s'acquitte de l'une ou de plusieurs des opérations suivantes relatives au transport : chargement, déchargement, stockage, arrimage, trimmage, fardage et accorage. Dans la pratique, ces entreprises sont désignées par des termes divers, tels que : entrepôt, dépôt, stockage, terminal, port, stevedores, entreprises de dockers, gare de chemin de fer, ou terminal de fret aérien. L'applicabilité de la Convention est déterminée en fonction des services relatifs au transport exécutés par ces entreprises, quel qu'en soit le nom ou la désignation.

A. Principes sous-jacents à la Convention

Nécessité de règles de responsabilité impératives

3. Dans de nombreuses lois nationales, les parties sont en principe libres de réglementer par la voie contractuelle la responsabilité des exploitants de terminaux. De nombreux exploitants tirent avantage de cette liberté et incluent dans leurs conditions contractuelles générales des dispositions qui limitent considérablement leur responsabilité concernant les marchandises. Dans certaines lois nationales, la liberté des exploitants de terminaux de limiter leur responsabilité est soumise à des restrictions impératives.

4. Les limites de responsabilité figurant dans les conditions contractuelles générales restreignent, par exemple, le degré de diligence dû par l'exploitant, excluent ou limitent la responsabilité des actions des employés ou mandataires de l'exploitant, imposent aux demandeurs la charge de la preuve des faits établissant la responsabilité de l'exploitant, stipulent de courts délais de prescription pour les actions contre l'exploitant, et fixent des plafonds d'indemnisation très bas. Ces plafonds sont souvent si bas que, pour la plupart des types de marchandises, les dommages-intérêts récupérables représentent une faible fraction des dommages réels.

5. Des limites et exonérations de responsabilité aussi nombreuses suscitent de graves préoccupations. On considère en principe qu'il n'est pas souhaitable de transférer le risque de perte ou d'endommagement de l'exploitant de terminal, qui est le mieux placé pour assurer la protection des marchandises, au chargeur, qui a une influence limitée sur les causes de la perte ou des dommages. Il est probable que, sur une longue période, l'ampleur des exonérations et limites de responsabilité désincite les exploitants de terminaux à rester constamment attentifs à des méthodes de travail conçues pour éviter la perte ou l'endommagement de marchandises. En outre, comme le chargeur à un accès limité aux informations concernant l'origine des dommages, le fait de lui imposer la charge de prouver les faits établissant la responsabilité de l'exploitant paraît constituer un obstacle indû à l'obtention de dommages-intérêts.

6. Ces préoccupations peuvent devenir plus sérieuses encore lorsque les services relatifs aux transports pour un itinéraire particulier sont fournis par un seul exploitant ou par un nombre limité d'exploitants.

Lacunes dans les régimes de responsabilité laissées par les conventions internationales

7. Lorsque l'expéditeur remet des marchandises à transporter à un exploitant de terminal, la responsabilité du transporteur n'est pas encore nécessairement engagée; au point de destination, cette responsabilité peut prendre fin au moment où le transporteur remet les marchandises à un exploitant de terminal, c'est-à-dire en général avant que les marchandises soient remises au destinataire ou au transporteur suivant. Si la responsabilité du transporteur est, dans une large mesure, soumise à des règles harmonisées et impératives, du fait de diverses conventions sur les transports, il peut exister des périodes pendant lesquelles les marchandises en transit ne sont pas soumises à un régime impératif. Les conséquences négatives de ces lacunes dans le régime de responsabilité sont graves car, d'après les statistiques, les cas les plus fréquents de perte ou d'endommagement de

*La présente note a été établie par le secrétariat de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) à des fins d'information. Il ne s'agit pas d'un commentaire officiel de la Convention.

marchandises se produisent, non pendant le transport lui-même, mais avant ou après, pendant les opérations qui lui sont liées.

Nécessité d'une harmonisation et d'une modernisation

8. Les règles qui, dans les systèmes juridiques nationaux, régissent la responsabilité des exploitants de terminaux sont très variables, à la fois par leur source et par leur contenu. Elles peuvent figurer dans des codes civils ou commerciaux ou dans d'autres recueils de lois régissant le dépôt de marchandises. Pour ce qui est de la norme de responsabilité, l'exploitant de terminal est, dans certains systèmes juridiques, strictement responsable des marchandises, et il ne peut être exonéré que si certains faits exonératoires limités sont établis. Dans d'autres systèmes, il est responsable en cas de négligence, c'est-à-dire s'il n'a pas exercé une diligence raisonnable. Il existe d'autres différences au sujet de la charge de la preuve des faits établissant la responsabilité de l'exploitant. Dans de nombreux systèmes juridiques, un degré limité de certitude de la preuve avancée par le demandeur suffit à établir une présomption de responsabilité de l'exploitant, et c'est alors à ce dernier d'apporter la preuve de faits exonératoires. Il y a toutefois aussi des systèmes dans lesquels c'est au demandeur de prouver les faits établissant la responsabilité de l'exploitant. Il existe également des disparités en ce qui concerne le plafond d'indemnisation. Dans certains systèmes juridiques, la responsabilité financière de l'exploitant est illimitée, tandis que dans d'autres des limites sont fixées. Il y a encore des différences au sujet du délai de prescription qui, dans certains systèmes juridiques, peut être très long. Outre ces disparités, la situation se trouve parfois compliquée par le fait que dans certains systèmes juridiques les exploitants sont soumis à des règles de responsabilité différentes suivant la nature des services rendus. Par exemple, le stockage des marchandises dans l'entrepôt d'un exploitant et le chargement des marchandises dans la cale d'un navire peuvent être soumis à des ensembles différents de règles.

9. Une telle disparité des lois pose des problèmes, en particulier aux transporteurs et aux autres utilisateurs de services relatifs au transport qui sont en contact avec des exploitants de terminaux dans différents pays.

10. En outre, de nombreuses lois nationales ne sont pas adaptées aux pratiques modernes en vigueur dans les terminaux de transport. Par exemple, certaines ne prennent pas en compte l'utilisation de conteneurs ni les techniques de communication informatisées ou ne traitent pas de façon satisfaisante la question des marchandises dangereuses.

Conséquences et avantages de la Convention

11. La Convention a été préparée afin d'éliminer ou de réduire les insuffisances ci-dessus des régimes juridiques applicables au transport international de marchandises. Les solutions adoptées tiennent compte des intérêts légitimes des chargeurs, des transporteurs et des exploitants des terminaux.

12. La Convention sert les intérêts des chargeurs en ce qu'elle fournit un régime juridique certain et équilibré pour l'obtention d'un dédommagement de la part de l'exploitant. Cela est important pour le chargeur en particulier lorsque les marchandises sont endommagées ou perdues par l'exploitant avant que le transporteur en devienne responsable ou après qu'il a cessé d'en être responsable. En pareil cas, où l'exploitant de terminal est normalement la seule personne à laquelle un dédommagement peut être demandé, les règles nationales de responsabilités non impératives peuvent offrir une possibilité limitée au chargeur d'obtenir un tel dédommagement dudit exploitant.

13. La Convention sert également les intérêts du transporteur lorsque les marchandises sont endommagées par l'exploitant de terminal pendant la période au cours de laquelle le transporteur est responsable des marchandises. En pareil cas, où le transporteur est souvent responsable envers le chargeur en vertu d'un régime impératif, il pourra fonder son action récursoire contre l'exploitant de terminal sur le régime impératif de la Convention.

14. L'amélioration et l'harmonisation des règles de responsabilité qu'apporte la Convention servent également les intérêts des exploitants de terminaux. La Convention fournit un régime juridique moderne adapté aux pratiques qui se développent dans les opérations des terminaux. Les règles relatives à ladocumentation sont libérales et harmonisées, et permettent à l'exploitant de recourir à l'échange de données informatisées (EDI). Parmi les autres règles présentant de l'intérêt pour l'exploitant de terminal, on mentionnera celles qui fixent des plafonds d'indemnisation assez bas et celles qui donnent à l'exploitant un droit de rétention sur les marchandises pour ses frais et réclamations.

B. Travaux préparatoires

15. La Convention tire son origine des travaux effectués par l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) sur la question des contrats de dépôt et d'entrepôt, qui ont conduit à l'adoption en 1983, par le Conseil de direction d'UNIDROIT, de l'avant-projet de convention sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international[1].

16. Par accord entre UNIDROIT et la CNUDCI, l'avant-projet de convention a été soumis à la CNUDCI en 1984 en vue de la préparation de règles uniformes sur la question. La CNUDCI a confié l'élaboration des règles uniformes à son Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux qui a consacré quatre sessions à cette tâche[2] et a recommandé l'adoption desdites règles sous la forme d'une convention. Le projet de convention a été communiqué à tous les États et aux organisations internationales intéressées

[1]L'avant-projet de convention et le rapport explicatif figurent dans UNIDROIT, Étude XLIV — Doc. 24, Rome, septembre 1983.

[2]Rapport du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux sur les travaux de sa huitième session (A/CN.9/260), reproduit dans *Commission des Nations Unies pour le droit commercial international : Annuaire* (ci-après dénommé "*Annuaire de la CNUDCI*"), vol. XVI : 1985, deuxième partie, IV, A; rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa neuvième session (A/CN.9/275) (*Annuaire de la CNUDCI*, vol. XVII : 1986, deuxième partie, III, A); rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa dixième session (A/CN.9/287) (*Annuaire de la CNUDCI*, vol. XVIII : 1987, deuxième partie, III, A); et rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa onzième session (A/CN.9/298) (*Annuaire de la CNUDCI*, vol. XIX : 1988, deuxième partie, II, A).

pour commentaires. En 1989, après avoir apporté diverses modifications au texte[3], la CNUDCI a adopté le projet de convention sur la responsabilité des exploitants des terminaux de transport dans le commerce international. L'Assemblée générale des Nations Unies, sur recommandation de la CNUDCI, a décidé de réunir une conférence diplomatique pour conclure une convention.

17. La Conférence des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international s'est tenue à Vienne (Autriche) du 2 au 19 avril 1991. Quarante-huit États y étaient représentés ainsi que des organisations intergouvernementales et des organisations non gouvernementales internationales intéressées par le sujet. Les participants ont examiné de façon approfondie toutes les questions, y compris les positions qui avaient été examinées et rejetées pendant les travaux préparatoires au sein de la CNUDCI. La Convention a été adoptée le 17 avril 1991[4]. Au 30 avril 1992, date limite de signature de la Convention, celle-ci avait été signée par les États suivants : Espagne, États-Unis d'Amérique, France, Mexique et Philippines.

C. Principales caractéristiques de la Convention

Définitions

18. Pour que la Convention s'applique, il faut que les services relatifs au transport soient exécutés par une personne entrant dans le champ de la définition de l'"exploitant d'un terminal de transport". L'exploitant d'un terminal de transport est défini à l'article 1 *a* comme "toute personne qui, dans l'exercice de sa profession, prend en garde des marchandises faisant l'objet d'un transport international en vue d'exécuter ou de faire exécuter des services relatifs au transport en ce qui concerne ces marchandises dans une zone placée sous son contrôle ou sur laquelle elle a un droit d'accès ou d'utilisation. Toutefois, cette personne n'est pas considérée comme un exploitant dès lors qu'elle est transporteur en vertu des règles juridiques applicables au transport".

19. "*Dans l'exercice de sa profession*". La Convention ne s'applique que si les services relatifs au transport constituent une activité commerciale. Cela ne signifie pas qu'un service relatif au transport particulier doive donner lieu à rémunération. Par exemple, dans certains terminaux, le stockage à court terme au point de destination peut être "à titre gracieux", les frais ne commençant à courir qu'après le deuxième ou le troisième jour.

20. "*Marchandises faisant l'objet d'un transport international*". Si les services relatifs au transport sont exécutés en ce qui concerne des marchandises faisant l'objet d'un transport intérieur, la Convention ne s'applique pas. Pour que l'on sache avec certitude quel est le régime applicable, l'article 1 *c* dispose que le point de départ et le point de destination doivent être "identifiés" comme étant situés dans deux États différents lorsque les marchandises sont prises en garde par l'exploitant.

21. "*Services relatifs au transport*". La Convention fournit à l'article 1 *d* une liste non exhaustive des services qui entrent dans la catégorie des services relatifs au transport régis par la Convention. Les exemples donnés (stockage, entreposage, chargement, déchargement, arrimage, trimmage, fardage et accorage) indiquent que ces services ne comprennent que la manutention physique des marchandises et non, par exemple, un processus industriel tel que le réemballage ou le nettoyage des marchandises, ou des services financiers ou commerciaux.

22. "*Zone placée sous son contrôle ou sur laquelle elle a un droit d'accès ou d'utilisation*". A un stade peu avancé des travaux préparatoires au sein du Groupe de travail de la CNUDCI, il avait été considéré que le projet de convention ne devrait s'appliquer que si la conservation des marchandises faisait partie des services de l'exploitant. Cette approche exclurait, par exemple, les sociétés d'arrimage qui limitent leurs services au chargement et au déchargement de marchandises sans stocker elles-mêmes ces dernières. Afin d'exprimer plus clairement cette approche, le Groupe de travail a inclus dans la définition le critère selon lequel l'exploitant devrait exécuter ses services "dans une zone placée sous son contrôle ou sur laquelle il a un droit d'accès ou d'utilisation". Le champ d'application du projet de convention a par la suite été élargi pour inclure l'exécution de divers services relatifs au transport, même s'il n'y avait pas conservation de marchandises. Compte tenu de l'élargissement du champ d'application, le critère relatif à la zone dans laquelle les services sont exécutés a également une signification plus large. Il signifie, par exemple, que l'arrimage ou le trimmage des marchandises dans la cale d'un navire devrait être considéré comme un service exécuté dans une zone sur laquelle l'exploitant a un droit d'accès; une jetée sur laquelle l'exploitant déplace des marchandises et qui est utilisée par diverses entreprises serait une zone sur laquelle l'exploitant a un droit d'utilisation; l'entrepôt de l'exploitant serait une zone placée sous son contrôle.

23. "*Cette personne n'est pas considérée comme un exploitant dès lors qu'elle est transporteur en vertu des règles juridiques applicables au transport*". La Convention exclut de son champ d'application les cas où une personne exécute des services relatifs au transport alors qu'elle est responsable des marchandises en vertu des règles juridiques applicables au transport. Par exemple, si un transport particulier de marchandises par mer est soumis aux Règles de Hambourg et que le transporteur prend en garde les marchandises au port de chargement et les stocke jusqu'au commencement du voyage, ou les tient en garde pendant un certain temps au port de déchargement, ce sont les Règles de Hambourg, et non la Convention sur la responsabilité des exploitants de terminaux, qui régiront la responsabilité du transporteur en ce qui concerne les marchandises détenues par lui dans le port.

Durée de la responsabilité

24. L'exploitant est responsable des marchandises à partir du moment où il les prend en garde jusqu'au moment où il les remet à la personne habilitée à en prendre livraison ou les met

[3] Les débats de la Commission sont reproduits dans le rapport de la Commission sur sa vingt-deuxième session (A/44/17) reproduit dans l'*Annuaire de la CNUDCI*, vol. XX : 1989, première partie, A, par. 11 à 225.

[4] Les documents de la conférence diplomatique ont été réunis dans le document A/CONF.152/14 (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.93.XI.3).

à sa disposition (art. 3). La notion "prendre les marchandises en garde" devrait être considérée à la lumière des types de services qu'un exploitant peut exécuter et compte tenu du fait qu'un exploitant peut exécuter les services alors qu'une autre personne, généralement un transporteur, est reponsable des marchandises. Lorsque l'exploitant prend des marchandises afin de les placer dans un entrepôt, il devrait en avoir la charge à partir du moment où il les prend en garde ou exerce un contrôle sur elles. Toutefois, lorsque l'exploitant commence à manutentionner des marchandises en exécutant des services tels que le chargement, le déchargement, le stockage, l'arrimage, le fardage ou l'accorage, ces services peuvent être exécutés pendant que les marchandises sont "à la garde" du transporteur. Pendant l'exécution de ces services, on ne peut pas considérer que l'exploitant a assuré la garde ou a eu pleinement le contrôle des marchandises. On peut considérer dans de tels cas que la "prise en garde" des marchandises commence lorsque l'exploitant entre en contact physique avec les marchandises.

25. De même, le sens de l'expression "remise des marchandises à la personne habilitée à en prendre livraison ou leur mise à sa disposition" dépend des situations. Si la "remise" consiste à sortir les marchandises de l'entrepôt de l'exploitant et à les mettre à la garde du transporteur ou du destinataire, le moment pertinent serait celui où l'exploitant renonce à sa garde ou au contrôle des marchandises. Si les services de l'exploitant étaient limités, par exemple, à l'arrimage, au trimmage, au fardage ou à l'accorage, qui sont souvent exécutés alors que les marchandises sont à la garde du transporteur, la durée de la responsabilité de l'exploitant se terminerait lorsque celui-ci achève de manutentionner les marchandises.

26. L'objet de l'expression "les remet à la disposition de la personne habilitée à en prendre livraison" est de permettre à l'exploitant de mettre fin à sa responsabilité en vertu de la Convention lorsqu'il s'est acquitté de toutes ses obligations, même si la personne habilitée à prendre livraison des marchandises ne le fait pas. Pour qu'il soit mis fin à la responsabilité en vertu de la Convention, la mise des marchandises à la disposition de la personne habilitée doit s'effectuer conformément au contrat et aux usages applicables à la situation.

Émission d'un document

27. La Convention laisse en principe la possibilité à l'exploitant d'émettre ou de ne pas émettre un document dans lequel il accuse réception des marchandises (art. 4). Toutefois, si le client demande un tel document, l'opérateur doit l'émettre. Une telle solution est nécessaire afin de tenir compte des pratiques dans divers types d'opérations exécutées par les exploitants de terminaux. Par exemple, lorsque les opérations se limitent à l'accorage de conteneurs, à l'arrimage ou au trimmage de cargaisons ou au fardage, il est généralement usuel de ne pas émettre de document. Lorsque les opérations comprennent l'entreposage, les exploitants émettent habituellement un document dans lequel ils accusent réception des marchandises.

28. La Convention dispose qu'un document peut être émis "sous toute forme constatant les informations qui y figurent". Elle indique aussi qu'une signature peut être une "signature manuscrite" ou un "fac-similé" ou une "authentification équivalente effectuée par tout autre moyen". Cette disposition n'est pas tempérée par une obligation selon laquelle un moyen d'authentification particulier doit être autorisé par le droit applicable. L'expression "authentification équivalente" doit être interprétée comme l'obligation de recourir à une méthode suffisamment fiable compte tenu des usages applicables à la situation.

29. La Convention fait mention en plusieurs endroits d'avis et de demandes (art. 4-1; 5-3, 5-4; 10-4; 11-1, 11-2, 11-5; 12-2, 12-4, 12-5). Les alinéas *e* et *f* de l'article premier spécifient que tout avis doit être donné et toute demande faite "sous une forme constatant les informations qui y figurent". L'objet de la disposition, qui est parallèle à la disposition relative à la forme d'un document émis par l'exploitant et s'inspire de formulations équivalentes dans plusieurs textes de lois internationaux, est de préciser, d'une part, qu'un avis ou une demande au titre de la Convention ne peut être valablement formulé oralement et, d'autre part, qu'un avis ou une demande peut être formulé sous la forme d'un document écrit ou être transmis par un échange de données informatisées (EDI). Puisqu'un tel échange exige que les deux parties utilisent un matériel approprié et compatible, le recours aux techniques de transmission électronique présupposent un accord préalable entre les parties.

Fondement de la responsabilité

30. La Convention traite de la responsabilité de l'exploitant en cas de préjudice résultant de la perte ou de l'endommagement des marchandises ainsi que du retard dans la remise des marchandises (art. 5). La question de savoir si le concept de "perte" inclut les bénéfices perdus est régie par le droit applicable.

31. La responsabilité de l'exploitant en vertu de la Convention est fondée sur le principe de la faute ou de la négligence présumée. Cela signifie que, lorsqu'un demandeur a établi que la perte ou le dommage était survenu pendant la durée de la responsabilité de l'exploitant, on présume que ladite perte ou ledit dommage a été causé par la négligence de l'exploitant. L'exploitant peut être déchargé de sa responsabilité s'il prouve que lui-même, ses préposés ou mandataires, ou toute autre personne dont il utilise les services pour l'exécution des services relatifs au transport, ont pris toutes les mesures qui pouvaient raisonnablement être exigées pour éviter la perte ou le dommage.

32. Des réserves ont été exprimées au sujet du principe de la responsabilité présumée pour le motif que, dans certains terminaux, les personnes qui déposaient des marchandises pouvaient venir au terminal afin d'inspecter les marchandises, d'en prélever des échantillons ou de les montrer à des acheteurs potentiels et que, de ce fait, les exploitants de terminaux ne pouvaient exercer pleinement un contrôle sur les marchandises. Ces réserves n'ont pas été acceptées car il a été considéré que le fait d'imposer la charge de la preuve de la négligence au chargeur signifierait en pratique que ce dernier ne serait pas capable d'établir la responsabilité du préjudice résultant de chapardage, vol et mauvaise organisation du travail. En outre, il est raisonnable de penser que les exploitants devraient organiser une supervision appropriée des marchandises et que le principe de la responsabilité présumée était pour cela un bon stimulant.

Limites de la responsabilité

33. La Convention prévoit deux limites financières différentes pour la responsabilité de l'exploitant, selon le mode de transport auquel se rapportent ses opérations (art. 6 et 16). Les limites inférieures sont applicables aux opérations relatives au transport des marchandises par mer ou par voie d'eau intérieure, et les limites supérieures aux autres opérations; cette distinction tient compte du fait que les marchandises transportées par mer ou par voie d'eau intérieure tendent à avoir une moins grande valeur que celles qui font l'objet d'autres modes de transport. En outre, ces limites inférieures, qui sont proches des limites fixées dans les conventions relatives au transport des marchandises par mer ou par voie d'eau intérieure, visent à traiter les terminaux maritimes et les terminaux des voies d'eau intérieures de la même façon que les transporteurs par mer et les transporteurs par voie d'eau intérieure.

34. Les limites en cas de perte ou d'endommagement des marchandises sont fondées exclusivement sur le poids des marchandises. La Convention ne prévoit pas d'autres limites fondées sur le nombre de colis ou autres unités de chargement comme le font par exemple les Règles de Hambourg et les Règles de La Haye. Cela signifie que, plus les colis sont légers et petits, plus les limites de responsabilité de l'exploitant seront faibles par rapport à celles des transporteurs par mer. L'absence de limite par colis s'explique par la volonté d'éviter les difficultés d'interpréter les limites fondées sur le colis ou une autre unité de chargement.

35. La Convention ne prévoit pas de limite globale de responsabilité lorsque les dommages sont causés par un seul événement survenant à des marchandises appartenant à un certain nombre de chargeurs différents. Par exemple, un incendie dans un terminal peut donner lieu à une responsabilité étendue de l'exploitant malgré la limite applicable à chaque demandeur. Une telle limite "catastrophique" n'a pas été adoptée car une limite unique serait probablement trop faible pour les grands terminaux et ne constituerait pas une limite réelle de la responsabilité pour les plus petits. Aucun critère satisfaisant n'a pu être trouvé pour établir des limites globales différentes suivant la taille du terminal. En outre, il a été considéré que l'assurance pouvait être une solution en cas de responsabilité résultant de tels événements catastrophiques.

Recours judiciaires

36. Les paragraphes 2 et 3 de l'article 7 traitent des exonérations et limites de responsabilité dont bénéficient les préposés ou mandataires de l'exploitant ou les entrepreneurs indépendants auxquels ce dernier fait appel. Les dispositions étendent simplement à ces personnes les exonérations et limites de responsabilité s'il existe un droit d'intenter une action contre eux en vertu du droit applicable.

37. La Convention n'aborde pas expressément la question de savoir si un accord entre l'exploitant et un client en vue d'accroître les limites de responsabilité ou de renoncer aux exonérations lie les préposés ou mandataires de l'exploitant ou les entrepreneurs indépendants dont ce dernier utilise les services.

Déchéance du droit de limiter la responsabilité

38. L'exploitant perd le bénéfice des limites financières de responsabilité s'il est prouvé que lui-même ou bien ses préposés ou mandataires ont agi témérairement, comme il est indiqué à l'article 8. L'exploitant ne perd pas le bénéfice des limites de responsabilité si un entrepreneur indépendant dont il utilise les services a agi de telle manière.

39. Lors de l'élaboration de la Convention, il a été proposé que l'exploitant ne devrait perdre le bénéfice des limites de responsabilité que si lui-même avait agi en faisant une faute caractérisée ou qu'il ne devrait pas perdre ce bénéfice si ses préposés ou mandataires avaient agi ainsi. L'opinion qui a prévalu, toutefois, a été que l'exploitant avait le devoir de superviser ses préposés ou mandataires et ne devrait pas supporter le risque de leurs actions téméraires.

Sûretés portant sur les marchandises

40. L'article 10, qui donne à l'exploitant un droit de rétention sur les marchandises en garantie de ses réclamations, ne confère pas lui-même le droit de vendre les marchandises retenues. Il n'est question de ce droit dans la Convention que dans la mesure où il existe en vertu de la loi de l'État où sont situées les marchandises retenues.

Prescription des actions

41. En prévoyant un délai de prescrition de deux ans pour les actions engagées contre l'exploitant (art. 12), les rédacteurs de la Convention ont voulu éviter une situation dans laquelle il serait difficile ou impossible à un transporteur d'exercer une action récursoire contre l'exploitant. Cela serait le cas lorsque le transporteur est poursuivi ou tenu responsable à l'approche ou à l'expiration du délai de prescription de deux ans. L'article 12-5 permet d'engager une action à l'encontre de l'exploitant, même après l'expiration du délai de prescription si l'action est exercée dans un délai de quatre-vingt-dix jours après que le transporteur a été déclaré responsable dans le cadre d'une action intentée à son encontre ou a réglé la créance sur laquelle se fondait ladite action.

Clauses finales

42. Malgré les propositions tendant à permettre des réserves à la Convention, il a été décidé de ne pas autoriser de réserves (art. 21).

43. La volonté de voir la Convention entrer en vigueur prochainement est reflétée à l'article 22, selon lequel la Convention entrera en vigueur lorsque cinq États y auront adhéré.

Pour de plus amples informations sur la Convention, s'adresser au secrétariat de la CNUDCI.

VIII. COORDINATION DES TRAVAUX

Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires : rapport du Secrétaire général

(A/CN.9/395) [Original : anglais]

1. Par lettre du 31 janvier 1994, le Secrétaire général de la Chambre de commerce internationale (CCI) a demandé à la Commission d'envisager d'approuver, pour application universelle, la version de 1993 des Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires (ci-après les "RUU 500", d'après le numéro de publication de la CCI). L'annexe I contient une brève note explicative, établie par la CCI, sur les RUU 500. L'annexe II reproduit le texte original des RUU 500.

2. Pour situer les choses, on notera que la Commission s'intéresse à la question des crédits documentaires depuis sa création, et qu'elle a approuvé, pour utilisation universelle, des versions antérieures des RUU. Elle a approuvé la version de 1962 à sa deuxième session, la version de 1974 à sa huitième session et la version de 1983 ("RUU 400") à sa dix-septième session[1].

ANNEXE I

RUU 500 Note explicative

A la suite des changements intervenus depuis dix ans, la Commission de technique et pratiques bancaires de la Chambre de commerce internationale a révisé les Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires (RUU 400). Les nouvelles Règles (RUU 500) sont entrées en vigueur le 1er janvier 1994.

Les crédits documentaires, également appelés lettres de crédit, sont souvent utilisés pour le paiement de marchandises dans le commerce international. Une banque du pays de l'acheteur s'engage à effectuer un paiement au vendeur contre présentation de documents fournissant des détails sur l'expédition et d'autres détails importants relatifs aux marchandises. En général, le crédit est payable au vendeur dans une banque de son propre pays. Le paiement peut être rendu réalisable par paiement à vue ou par paiement différé. Les crédits stipulent souvent que des traites doivent être présentées pour acceptation ou négociation.

Les règles de pratique internationales appliquées à ces opérations ont été codifiées pour la première fois par la CCI en 1933. Leur dernière révision, les RUU 400, a été acceptée dans presque tous les pays, et son utilisation a été recommandée par la CNUDCI le 6 juillet 1984.

La révision de 1993 tient compte de l'évolution dans le secteur des transports et de l'émergence de nouvelles technologies; et vise à améliorer l'application des RUU. Selon certaines enquêtes, près de 50 % des documents présentés en vertu d'un crédit documentaire sont rejetés pour motif de divergences réelles ou apparentes. Cela réduit l'efficacité du crédit documentaire et peut avoir une incidence financière pour les parties impliquées dans le processus. Les frais peuvent aussi s'en trouver augmentés et les marges bénéficiaires réduites pour les importateurs, les exportateurs et les banques. L'augmentation sensible du nombre de litiges mettant en jeu les crédits documentaires a également été une vive préoccupation.

Pour atteindre les objectifs de la révision des RUU 400, la CCI a fortement insisté sur l'intégration du droit et la pratique internationale des affaires. Les objectifs de la révision étaient 1) de simplifier les règles; 2) d'inclure dans les nouvelles règles les pratiques bancaires et de faciliter leur développement; 3) d'améliorer les articles afin de définir l'intégrité de la banque confirmante; 4) d'aborder les questions des conditions non documentaires; et 5) d'énumérer les éléments d'acceptabilité applicables à chaque type de document de transport présenté en vertu d'un crédit documentaire.

En définitive, la CCI a conduit son analyse en utilisant diverses sources d'information à la disposition des banques et du secteur des transports, et en s'appuyant sur sa connaissance approfondie des innovations technologiques dans d'autres secteurs économiques impliqués dans le commerce international. Afin d'établir des règles générales plutôt que des règles de procédure spécifique, la CCI a utilisé un document de base tenant compte des pratiques signalées par les Comités nationaux de la CCI, d'importantes décisions rendues par les tribunaux, des avis et des décisions publiés par la Commission bancaire et des études de cas examinés au cours des vingt dernières années. En conséquence, la nouvelle révision des RUU est le résultat d'analyses et des discussions approfondies, mais aussi de solutions de compromis retenues par les membres du Groupe de travail, les membres de la Commission bancaire et les Comités nationaux de la CCI.

ANNEXE II

Le texte des *Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires* (révision de 1993)* est reproduit ci-après sous sa forme originale.

[1] L'approbation de ces versions successives par la Commission figure dans les rapports suivants, respectivement : de la deuxième session (*Documents officiels de l'Assemblée générale, vingt-quatrième session, Supplément n° 18* (A/7618), par. 90 à 95), de la huitième session (*Documents officiels de l'Assemblée générale, vingt-neuvième session, Supplément n° 17* (A/10017), par. 33 à 41) et de la dix-septième session (*Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-neuvième session, Supplément n° 17* (A/39/17), par. 125 à 129).

*Copyright 1993, ICC Publishing S.A., publication No.500.

TABLE DES MATIERES

Le lecteur pourra se reporter aisément aux différents articles grâce à leur classification par grandes rubriques. Cette présentation est uniquement destinée à des fins de référence et n'entraîne aucune conséquence juridique.

		Page
Avant-propos		3
Préface		4
	Article	
A. Dispositions générales et Définitions		**11**
Champ d'Application des RUU	*1*	**11**
Signification de 'Crédit'	*2*	**11**
Crédits et Contrats	*3*	**12**
Documents et Marchandises/Services/Prestations	*4*	**12**
Instructions d'émettre/modifier des Crédits	*5*	**12**
B. Forme et Notification des Crédits		**13**
Crédits révocables et irrévocables	*6*	**13**
Responsabilité de la Banque notificatrice	*7*	**13**
Révocation d'un Crédit	*8*	**14**
Responsabilités des Banques émettrices et confirmantes	*9*	**15**
Types de Crédits	*10*	**18**
Crédits avisés par télétransmission et Crédits préavisés	*11*	**19**
Instructions incomplètes ou imprécises	*12*	**20**
C. Obligations et Responsabilités		**21**
Normes pour l'examen des Documents	*13*	**21**
Documents irréguliers et Notification d'Irrégularités	*14*	**22**
Contestation de la Valeur des Documents	*15*	**24**
Contestation sur la Transmission des Messages	*16*	**24**
Force majeure	*17*	**24**
Contestation du Respect des Instructions données à une Partie	*18*	**25**
Dispositions pour le Remboursement de Banque à Banque	*19*	**26**
D. Documents		**27**
Ambiguïtés quant aux Emetteurs des Documents	*20*	**27**
Emetteurs ou Contenu des Documents non spécifiés	*21*	**28**
Date d'Emission des Documents et Date du Crédit	*22*	**28**
Connaissement maritime	*23*	**28**
Lettre de Transport maritime non négociable	*24*	**32**
Connaissement de Charte-Partie	*25*	**35**
Document de Transport multimodal	*26*	**37**
Document de Transport aérien	*27*	**39**
Documents de Transport par Route, Rail ou Voie d'Eau intérieure	*28*	**41**
Récépissés de Sociétés de Courrier express et de la Poste	*29*	**42**
Documents de Transport émis par des Transitaires	*30*	**43**
'En Portée'; Poids et Décomptes de l'Expéditeur, Nom de l'Expéditeur	*31*	**44**
Documents de Transport net	*32*	**45**
Documents de Transport 'Fret payable/payé d'avance'	*33*	**46**
Documents d'Assurance	*34*	**46**
Type de Couverture d'Assurance	*35*	**47**
Couverture d'Assurance 'Tous Risques'	*36*	**48**
Factures commerciales	*37*	**48**
Autres Documents	*38*	**49**
E. Dispositions diverses		**49**
Tolérances relatives au Montant du Crédit, à la Quantité et aux Prix unitaires	*39*	**49**
Expéditions/Tirages partiels	*40*	**50**
Expéditions/Tirages fractionnés	*41*	**50**
Date extrême de Validité et Lieu de Présentation des Documents	*42*	**51**
Limitation sur la Date extrême de Validité	*43*	**51**
Report de la Date extrême de Validité	*44*	**52**
Heures de Présentation	*45*	**53**
Expressions générales relatives aux Dates d'Expédition	*46*	**53**
Terminologie relative aux Dates pour les Périodes d'Expédition	*47*	**53**

Copyright 1993, ICC Publishing S.A., publication No. 500.

F. Crédit transférable **54**

Crédit transférable *49* 54

G. Cession du Produit du Crédit **57**

Cession du Produit du Crédit *49* 57

La CCI au service des affaires 59

Quelques publications de la CCI 60

A. Dispositions générales et Définitions

Article 1

Champ d'Application des RUU

Les Règles et Usances Uniformes relatives aux Crédits Documentaires, révision de 1993, Publication CCI N°500, s'appliquent à tous les crédits documentaires (y compris dans la mesure où elles seraient applicables aux lettres de crédit stand-by), dès lors qu'elles font partie intégrante du crédit. Elles lient toutes les parties intéressées, sauf dispositions contraires stipulées expressément dans le crédit.

Article 2

Signification de "Crédit"

Aux fins des présents articles, les expressions "crédit(s) documentaire(s)" et "lettre(s) de crédit stand-by" (désignées ci-après par le terme "crédit(s)") qualifient tout arrangement, quelle qu'en soit la dénomination ou description, en vertu duquel une banque ("la Banque émettrice") agissant à la demande et sur instructions d'un client ("le donneur d'ordre") ou pour son propre compte:

i. est tenue d'effectuer un paiement à un tiers (le bénéficiaire) ou à son ordre, ou d'accepter et payer des effets de commerce (traites) tirés par le bénéficiaire,

ou

ii. autorise une autre banque à effectuer ledit paiement ou à accepter et payer le(s)dit(s) effets de commerce (traite(s)),

ou

iii. autorise une autre banque à négocier

contre remise des documents stipulés,pour autant que les termes et conditions du crédit soient respectés.

Aux fins des présents articles, les succursales d'une banque établies dans différents pays sont considérées comme constituant chacune une autre banque.

Article 3

Crédits et Contrats

a Les crédits sont, par leur nature, des transactions distinctes des ventes ou autre(s) contrat(s) qui peuvent en former la base. Les banques ne sont en aucune façon concernées ou liées par ce(s) contrat(s), même si les crédits incluent une quelconque référence à ce(s) contrat(s). En conséquence l'engagement d'une banque de payer, d'accepter et de payer une ou plusieurs traites, ou de négocier et/ou de s'acquitter de toute autre obligation en vertu du crédit, ne peut donner lieu à réclamations du donneur d'ordre ou à l'invocation par ce dernier de moyens de défense fondés sur ses relations avec la Banque émettrice ou le bénéficiaire.

b Le bénéficiaire d'un crédit ne peut en aucun cas se prévaloir des rapports contractuels existant entre les banques ou entre le donneur d'ordre et la Banque émettrice.

Article 4

Documents et Marchandises/Services/Prestations

Dans les opérations de crédit toutes les parties intéressées ont à considérer des documents à l'exclusion des marchandises, services et/ou autres prestations auxquels les documents peuvent se rapporter.

Article 5

Instructions d'émettre/modifier des Crédits

a Toutes instructions relatives à l'émission d'un crédit, le crédit lui-même, toutes instructions en vue d'amender celui-ci et les amendements eux-mêmes doivent être complets et précis.

Pour éviter toute confusion et tout malentendu les banques devraient décourager toute tendance :

i. à inclure trop de détails dans le crédit ou dans tout amendement à celui-ci,

ii. à donner des instructions d'émettre, notifier ou confirmer un crédit par référence à un crédit précédemment émis (crédit similaire), lorsque ce précédent crédit a subi un ou plusieurs amendement(s), que ceux-ci aient été acceptés ou non.

b Toutes instructions relatives à l'émission d'un crédit et le crédit lui-même ainsi que, le cas échéant, toutes instructions d' amender ledit crédit et l'amendement lui-même, doivent indiquer avec précision le(s) document(s) sur présentation duquel ou desquels le paiement, l'acceptation ou la négociation seront effectués.

B. Forme et Notification des Crédits

Article 6

Crédits révocables et irrévocables

a Un crédit peut être :

i. soit révocable

ii. soit irrévocable

b Tout crédit doit par conséquent indiquer clairement s'il est révocable ou irrévocable.

c En l'absence de pareille indication, le crédit sera réputé irrévocable.

Article 7

Responsabilité de la Banque notificatrice

a Un crédit peut être notifié au bénéficiaire par l'inter-

médiaire d'une autre banque (Banque notificatrice) sans engagement de la part de la Banque notificatrice, sauf pour cette banque - si elle décide de notifier le crédit - à apporter un soin raisonnable à vérifier l'authenticité apparente du crédit qu'elle notifie. Si la banque choisit de ne pas notifier le crédit, elle doit en aviser la Banque émettrice sans retard.

b Si la Banque notificatrice n'a pu vérifier l'authenticité apparente du crédit, elle informera sans retard la banque de laquelle les instructions ont apparemment été reçues, qu'elle a été dans l'impossibilité d'établir l'authenticité du crédit. Si elle décide néanmoins de notifier le crédit, elle doit informer le bénéficiaire que l'authenticité du crédit n'a pu être établie par ses soins.

Article 8

Révocation d'un Crédit

a Un crédit révocable peut être amendé ou annulé par la Banque émettrice à tout moment et sans que le bénéficiaire en soit averti au préalable.

b Toutefois la Banque émettrice doit :

i. rembourser la banque auprès de laquelle un crédit révocable a été rendu réalisable par paiement à vue, acceptation ou négociation, si ladite banque a procédé, avant d'avoir reçu l'avis d'amendement ou d'annulation, à un paiement, une acceptation ou une négociation contre des documents présentant l'apparence de conformité avec les termes et conditions du crédit.

ii. rembourser la banque auprès de laquelle un crédit révocable a été rendu réalisable par paiement différé si ladite banque, avant d'avoir reçu l'avis d'amendement ou d'annulation, a levé des documents présentant l'apparence de conformité avec les termes et conditions du crédit.

Article 9

Responsabilités des Banques émettrices et confirmantes

a Un crédit irrévocable constitue pour la Banque émettrice, pour autant que les documents stipulés soient remis à la banque désignée ou à la Banque émettrice et que les conditions du crédit soient respectées, un engagement ferme :

i. si le crédit est réalisable par paiement à vue, de payer à vue ;

ii. si le crédit est réalisable par paiement différé, de payer à la date ou aux dates d'échéance déterminable(s) conformément aux stipulations du crédit ;

iii. si le crédit est réalisable par acceptation:

a. de la Banque émettrice, d'accepter la/les traite(s) tirée(s) par le bénéficiaire sur la Banque émettrice et de payer lesdites traites à leurs échéances,

ou

b. de toute autre banque tirée, d'accepter ou de payer à échéance la/les traite(s) tirée(s) par le bénéficiaire sur la Banque émettrice au cas où la banque tirée qui est stipulée dans le crédit n'accepte pas la/les traite(s) tirée(s) sur elle , ou de payer la/les traite(s) acceptée(s) mais non payée(s) à échéance par la banque tirée ;

iv. si le crédit est réalisable par négociation, de payer sans recours aux tireurs et/ou aux porteurs de bonne foi les traites tirées par le bénéficiaire et/ou le(s) document(s) présenté(s) conformément aux termes et conditions du crédit. Un crédit ne devrait pas être émis comme étant réalisable par traite(s) sur le donneur d'ordre. Si le crédit exige néanmoins une ou des traite(s) sur le donneur d'ordre, les banques considéreront cette ou ces traite(s) comme un ou des document(s) additionnel(s).

b La confirmation d'un crédit irrévocable par une autre banque (la Banque confirmante), agissant sur autorisation ou à la demande de la Banque émettrice, constitue un engagement ferme de la Banque confirmante s'ajoutant à celui de la Banque émettrice. Pour autant que les documents stipulés soient présentés à la Banque confirmante ou à toute autre banque désignée et que les termes et conditions du crédit soient respectés, la Banque confirmante doit:

i. si le crédit est réalisable par paiement à vue, payer à vue ;

ii. si le crédit est réalisable par paiement différé, payer à la date ou aux dates d'échéance déterminable(s) conformément aux stipulations du crédit ;

iii. si le crédit est réalisable par acceptation :

a. de la Banque confirmante, accepter la/les traite(s) tirée(s) par le bénéficiaire sur la Banque confirmante et les payer à échéance,

ou

b. de toute autre banque tirée, accepter et payer à échéance la/les traite(s) tirée(s) par le bénéficiaire sur la Banque confirmante au cas où la banque tirée telle que stipulée dans le crédit n'accepte pas la/les traite(s) tirée(s) sur elle, ou payer la/les traite(s) acceptée(s) mais non payée(s) à échéance par cette banque tirée ;

iv. si le crédit est réalisable par négociation, négocier sans recours aux tireurs et/ou aux porteurs de bonne foi, la ou les traite(s) tirée(s) par le bénéficiaire et/ou le(s) document(s) présenté(s) en vertu du crédit. Un crédit ne devrait pas être émis comme étant réalisable par traite(s) sur le donneur d'ordre. Si le crédit exige néanmoins cette ou ces traite(s) sur le donneur d'ordre, les banques considéreront de telles traites comme un ou des document(s) additionnel(s).

c **i.** Si une autre banque est autorisée ou invitée par la Banque émettrice à ajouter sa confirmation à un crédit mais n'est pas disposée à le faire, elle doit en informer la Banque émettrice sans retard.

ii. Sauf si la Banque émettrice en dispose autrement lorsqu'elle autorise ou invite la Banque notificatrice à ajouter sa confirmation, ladite Banque notificatrice peut notifier le crédit au bénéficiaire sans ajouter sa confirmation.

d **i.** Sauf autrement prévu à l'article 48, un crédit irrévocable ne peut être ni amendé ni annulé sans l'accord de la Banque émettrice, de la Banque confirmante s'il y en a une, et du bénéficiaire.

ii. La Banque émettrice sera irrévocablement liée par tout amendement qu'elle a apporté au crédit et ce à compter de la date à laquelle ce ou ces amendement(s) ont été émis. Une Banque confirmante peut étendre sa confirmation à un amendement et sera irrévocablement liée à compter du moment où elle notifie cette modification. Toutefois, une Banque confirmante peut choisir de notifier un amendement au bénéficiaire sans étendre sa confirmation; dans ce cas, elle doit en aviser la Banque émettrice et le bénéficiaire sans retard.

iii. Les termes du crédit initial (ou du crédit incorporant un ou plusieurs amendements précédemment acceptés) demeureront en vigueur à l'égard du bénéficiaire jusqu'à ce que le bénéficiaire fasse connaître son acceptation de l'amendement ou des amendements à la banque qui a notifié le(s)dit(s) amendement(s). Le bénéficiaire devrait notifier son acceptation ou son refus de l'amendement. A défaut de cette notification par le bénéficiaire, les documents présentés à la banque désignée ou à la Banque émettrice qui sont conformes au crédit ainsi qu'à un/des amendement(s) non encore accepté(s) seront considérés comme valant notification de l'acceptation de l'amendement

ou des amendements par le bénéficiaire, et à compter de cette présentation le crédit sera considéré comme amendé.

iv. L'acceptation partielle d'amendements contenus dans un seul et même avis d'amendement n'est pas autorisée et ne produira aucun effet.

Article 10

Types de Crédits

a Tout crédit doit clairement indiquer s'il est réalisable par paiement à vue, par paiement différé, par acceptation ou par négociation.

b i. Sauf s'il est stipulé dans le crédit que celui-ci est seulement réalisable auprès de la Banque émettrice, tout crédit doit désigner la banque ("Banque désignée") autorisée à payer, à contracter un engagement de paiement différé, à accepter la/les traite(s), ou à négocier. Si le crédit est librement négociable, toute banque est une Banque désignée.

Les documents doivent être présentés à la Banque émettrice ou à la Banque confirmante, le cas échéant, ou à toute autre Banque désignée.

ii. Le terme "négociation" signifie que la banque autorisée à négocier règle la valeur de la/des traite(s) et/ou autre(s) document(s). Le simple examen des documents sans paiement ne constitue pas une négociation.

c Sauf si la Banque désignée est la Banque confirmante, la désignation par la Banque émettrice n'entraîne pour la Banque désignée aucun engagement de payer, de contracter un engagement de paiement différé, d'accepter une ou plusieurs traite(s), ou de négocier. Sauf accord exprès de la Banque désignée qui doit être notifié au bénéficiaire, la réception et/ou l'examen et/ou la transmission par la Banque désignée des documents n'entraîne pour ladite banque aucune responsabilité de payer, de contracter un engagement de paiement différé, d'accepter une/des traite(s), ou de négocier.

d En désignant une autre banque ou en autorisant la négociation par toute banque ou en autorisant ou en invitant une autre banque à ajouter sa confirmation, la Banque émettrice autorise cette banque à payer, à accepter une ou plusieurs traites ou à négocier, selon le cas, contre des documents présentant l'apparence de conformité avec les termes et conditions du crédit, et s'engage à rembourser cette banque conformément aux dispositions des présents articles.

Article 11

Crédits avisés par Télétransmission et Crédits préavisés

a i. Quand une Banque émettrice charge une Banque notificatrice par une télétransmission authentifiée de notifier un crédit ou un amendement à un crédit, la télétransmission sera réputée être l'instrument permettant l'utilisation du crédit ou donnant effet à l'amendement et aucune lettre de confirmation ne devrait être expédiée. Si une confirmation est néanmoins expédiée par voie postale, elle ne produira aucun effet et la Banque notificatrice n'aura aucune obligation de vérifier cette lettre de confirmation par rapport à l'instrument permettant l'utilisation du crédit ou à l'amendement au crédit tel que reçu par télétransmission.

ii. Si la mention "détails suivent" (ou une expression similaire) figure dans la télétransmission ou s'il y est précisé que la lettre de confirmation sera l'instrument permettant l'utilisation du crédit ou donnant effet à l'amendement, la télétransmission ne sera pas réputée dans ce cas être l'instrument permettant l'utilisation du crédit ou donnant effet à l'amendement. La Banque émettrice doit transmettre sans retard

à la Banque notificatrice l'instrument permettant l'utilisation du crédit ou donnant effet à l'amendement.

b Si une banque utilise les services d'une Banque notificatrice pour notifier le crédit au bénéficiaire, elle doit utiliser aussi les services de la même banque pour notifier tout amendement au crédit.

c Un avis préliminaire d'émission d'un crédit irrévocable ou d'un amendement à un tel crédit (préavis) sera seulement donné par une Banque émettrice si ladite banque est disposée à émettre l'instrument permettant l'utilisation du crédit ou donnant effet à un amendement au crédit. Sauf autre(s) indication(s) dans ce préavis de la Banque émettrice, toute Banque émettrice qui a donné un préavis sera irrévocablement tenue d'émettre ou d'amender le crédit dans des termes et conditions qui ne soient pas incompatibles avec le préavis, et ce sans retard.

Article 12

Instructions incomplètes ou imprécises

Si la banque requise de notifier, confirmer ou amender un crédit reçoit des instructions incomplètes ou imprécises, elle peut adresser au bénéficiaire un avis préliminaire à titre de simple information et sans encourir de responsabilité. Cet avis préliminaire devrait indiquer clairement qu'il est communiqué pour information seulement et que la responsabilité de la Banque notificatrice n'est pas engagée. En tout état de cause, la Banque notificatrice doit informer la Banque émettrice de la position qu'elle a prise et l'inviter à fournir les informations nécessaires.

La Banque émettrice doit fournir les informations nécessaires sans retard. Le crédit ne sera notifié, confirmé ou amendé qu'au reçu d'instructions complètes et précises, et pour autant que la Banque notificatrice indique alors qu'elle est prête à agir sur la base de ces instructions.

C. Obligations et Responsabilités

Article 13

Normes pour l'Examen des Documents

a Les banques doivent examiner avec un soin raisonnable tous les documents stipulés dans le crédit pour vérifier s'ils présentent ou non l'apparence de conformité avec les termes et conditions du crédit. La conformité apparente des documents stipulés avec les termes et conditions du crédit sera déterminée en fonction des pratiques bancaires internationales telles que reflétées dans les présents articles. Les documents qui en apparence sont incompatibles entre eux seront considérés comme ne présentant pas l'apparence de conformité avec les termes et conditions du crédit.

Les banques n'examineront pas les documents non requis dans le crédit. Si elles reçoivent de tels documents, elles les réexpédieront à celui qui les a présentés ou les transmettront sans encourir quelque responsabilité que ce soit.

b La Banque émettrice, la Banque confirmante le cas échéant, ou une Banque désignée agissant pour leur compte disposeront chacune d'un délai raisonnable - ne dépassant pas sept jours ouvrés (jours où la banque travaille) suivant le jour de réception des documents - pour examiner les documents et décider si elles les lèvent ou les refusent et pour notifier leur décision à la partie qui leur a envoyé lesdits documents.

c Si un crédit contient des conditions sans indication des documents à présenter en conformité avec ces conditions, les banques considéreront ces conditions comme non indiquées et n'en tiendront pas compte.

Article 14

Documents irréguliers et Notification d'irrégularités

a Si la Banque émettrice autorise une autre banque à payer, à contracter un engagement de paiement différé, à accepter une/des traite(s) ou à négocier contre des documents présentant l'apparence de conformité avec les termes et conditions du crédit, la Banque émettrice et la Banque confirmante, le cas échéant, sont obligatoirement tenues :

I. de rembourser la Banque désignée qui a payé, contracté un engagement de paiement différé, accepté une/des traite(s), ou négocié,

II. de lever les documents.

b Au reçu des documents la Banque émettrice et/ou la Banque confirmante, le cas échéant, ou une Banque désignée agissant pour leur compte doit déterminer sur la seule base des documents si ceux-ci présentent ou non l'apparence de conformité avec les termes et conditions du crédit. Si les documents ne présentent pas l'apparence de conformité avec les termes et conditions du crédit, les banques ci-dessus peuvent refuser de lever les documents.

c Si la Banque émettrice considère que les documents ne présentent pas l'apparence de conformité avec les termes et conditions du crédit, elle peut de sa propre initiative approcher le donneur d'ordre afin d'obtenir de celui-ci la levée des irrégularités. Ceci n'entraîne toutefois aucune prorogation de la période mentionnée à l'article 13(b).

d I. Si la Banque émettrice et/ou la Banque confirmante, le cas échéant, ou une Banque désignée agissant pour leur compte décide de refuser les documents, cette banque doit notifier son refus par télécommunication ou, si cela n'est pas possible, sans délai par d'autres moyens rapides, et cela au plus tard à la fin du septième jour ouvré (jour où la banque travaille) suivant le jour de réception des documents. L'avis de refus sera communiqué à la banque qui a fait parvenir les documents ou au bénéficiaire si les documents ont été reçus directement de celui-ci.

II. La banque doit indiquer dans l'avis toutes les irrégularités qui l'amènent à refuser les documents. Elle doit également préciser si elle tient les documents à la disposition de celui qui les a présentés ou si elle les lui réexpédie.

III. La Banque émettrice et/ou la Banque confirmante, le cas échéant, aura alors le droit de réclamer à la Banque remettante la restitution avec intérêts de tout remboursement effectué à ladite banque.

e Si la Banque émettrice et/ou la Banque confirmante, le cas échéant, n'agit pas conformément aux dispositions du présent article et/ou ne tient pas les documents à la disposition de celui qui les a présentés ou ne les lui réexpédie pas, la Banque émettrice et/ou la Banque confirmante le cas échéant ne pourra pas faire valoir que les documents ne sont pas en conformité avec les termes et conditions du crédit.

f Si la Banque remettante attire l'attention de la Banque émettrice et/ou de la Banque confirmante, le cas échéant, sur des irrégularités dans les documents ou informe ces banques qu'elle a payé, contracté un engagement de paiement différé, accepté une/des traite(s) ou négocié sous réserve ou contre une lettre de garantie relative à ces irrégularités, la Banque émettrice et/ou le cas échéant la Banque confirmante ne sera pas pour autant dégagée de ses obligations découlant de l'une ou l'autre des dispositions de cet article. De telles réserves ou garanties n'affectent que les relations entre la Banque remettante et la partie envers laquelle la réserve a été faite ou de laquelle ou pour le compte de laquelle la garantie a été obtenue.

Article 15

Contestation de la Valeur des Documents

Les banques n'assument aucun engagement ni responsabilité quant à la forme, la suffisance, l'exactitude, l'authenticité, la falsification ou l'effet juridique du/des document(s), ni quant aux conditions générales et/ou particulières stipulées dans le/les document(s) ou y surajoutées. Elles n'assument également aucun engagement ni responsabilité quant à la désignation, la quantité, le poids, la qualité, l'état, l'emballage, la livraison, la valeur ou l'existence des marchandises représentées par un document quelconque ou encore quant à la bonne foi ou aux actes et/ou omissions, à la solvabilité, à la prestation ou à la réputation des expéditeurs, transporteurs, transitaires, destinataires ou assureurs des marchandises, ou de toute autre personne que ce soit.

Article 16

Contestation sur la Transmission des Messages

Les banques n'assument aucun engagement ni responsabilité quant aux conséquences des retards et/ou pertes que pourraient subir dans leur transmission tous messages, lettres ou documents, ni quant aux retards, à la mutilation ou autres erreurs pouvant se produire dans la transmission de toute télécommunication. Les banques n'assument aucune responsabilité quant aux erreurs de traduction et/ou d'interprétation de termes techniques, et se réservent le droit de transmettre les termes des crédits sans les traduire.

Article 17

Force majeure

Les banques n'assument aucun engagement ni responsabilité quant aux conséquences pouvant résulter de l'interruption de leurs activités provoquée par tout cas de force majeure, émeutes, troubles civils, insurrections, guerres et/ou toute autre cause indépendante de leur volonté, ainsi que par des grèves ou "lock-out". Sauf autorisation expresse, les banques, à la reprise de leurs activités, n'effectueront aucun paiement, ne contracteront aucun engagement de paiement différé, n'accepteront aucune traite, ou ne procéderont à aucune négociation dans le cas de crédits venus à expiration au cours d'une telle interruption de leurs activités.

Article 18

Contestation du Respect des Instructions données à une Partie

a. Les banques utilisant les services d'une ou plusieurs autres banque(s) pour donner suite aux instructions du donneur d'ordre le font pour le compte et aux risques de ce donneur d'ordre.

b. Les banques n'assument aucun engagement ni responsabilité au cas où les instructions qu'elles transmettent ne seraient pas suivies, même si elles ont pris elles-mêmes l'initiative du choix de cette autre ou de ces autres banque(s).

c. i. Une partie donnant des instructions à une autre partie pour la prestation de services est responsable de toutes dépenses - y compris les commissions, honoraires, frais et autres débours - que la partie chargée d'exécuter les instructions a encourues à cet effet.

ii. Lorsqu'un crédit stipule que ces dépenses seront à la charge d'une partie autre que celle donnant les instructions et que les frais ne peuvent être recouvrés, la partie qui a donné les instructions demeure responsable en dernier ressort pour le paiement des sommes en cause.

d. Le donneur d'ordre devra assumer toutes les obligations et responsabilités découlant des lois et usages dans les pays étrangers, et devra verser aux banques les indemnités pouvant en résulter.

Article 19

Dispositions pour le Remboursement de Banque à Banque

a Si une Banque émettrice entend que le remboursement auquel a droit une banque qui paie, accepte ou négocie soit obtenu par cette banque (la Banque "réclamante") auprès d'une autre partie (la Banque de remboursement), elle devra donner en temps utile à ladite Banque de remboursement les instructions ou autorisations appropriées lui permettant d'honorer ces demandes de remboursement.

b Les Banques émettrices ne devront pas exiger de la Banque "réclamante" que celle-ci fournisse à la Banque de remboursement un certificat de conformité avec les termes et conditions du crédit.

c Une Banque émettrice ne sera dégagée d'aucune de ses obligations de rembourser elle-même si le remboursement n'est pas effectué à la Banque "réclamante" par la Banque de remboursement.

d La Banque émettrice sera responsable envers la Banque "réclamante" de toute perte d'intérêts si le remboursement n'est pas effectué dès la première demande présentée à la Banque de remboursement ou de toute autre manière prévue dans le crédit, ou par accord mutuel, selon le cas.

e Les frais de la Banque de remboursement devraient être supportés par la Banque émettrice. Toutefois, dans les cas où ces frais sont à la charge d'une autre partie, la Banque émettrice doit assumer la responsabilité d'inclure toutes indications à cet effet dans le crédit initial et dans l'autorisation de remboursement. Dans les cas où les frais de la Banque de remboursement sont à la charge d'une autre partie, ils seront perçus auprès de la Banque "réclamante" lorsque le crédit est utilisé. Si le crédit n'est pas utilisé, la Banque émettrice reste tenue de rembourser les frais de la Banque de remboursement.

D. Documents

Article 20

Ambiguïtés quant aux Emetteurs des Documents

a Des termes tels que "première classe", "bien connu", "qualifié", "indépendant", "officiel", "compétent", "domestique" ou termes similaires ne doivent pas être employés pour désigner les émetteurs de tous documents à présenter en vertu du crédit. Si de tels termes sont inclus dans les termes et conditions du crédit, les banques accepteront les documents y relatifs tels que présentés, pourvu qu'ils présentent l'apparence de conformité avec les autres termes et conditions du crédit et ne soient pas émis par le bénéficiaire.

b Sauf si le crédit en dispose autrement, les banques accepteront également comme originaux les documents produits ou apparaissant comme ayant été produits :

i. par des systèmes reprographiques, automatisés ou informatisés,

ii. sous forme de copies au carbone,

s'ils sont marqués comme originaux et paraissent avoir été signés chaque fois que cela est nécessaire.

Un document peut être signé à la main, comporter une signature par fac-similé, perforation, timbre ou symbole, ou par tout autre moyen mécanique ou électronique d'authentification.

c **i.** Sauf si le crédit en dispose autrement, les banques accepteront comme copie tout document soit portant la mention "copie" soit ne portant pas la mention "original". Les copies n'ont pas besoin d'être signées.

ii. Dans le cas d'un crédit prévoyant des documents multiples tels que "duplicata", "2 exemplaires", "copies" et similaires, ces exigences

seront satisfaites par la présentation d'un seul original et de copies pour le reliquat, sauf si le document lui-même en dispose autrement.

d Sauf stipulations contraires dans le crédit, si le crédit exige qu'un document soit authentifié, validé, légalisé, certifié ou comporte un visa ou si le crédit prévoit une exigence similaire, cette condition sera remplie par toute signature, marque, timbre, label sur le document qui présente l'apparence de répondre à cette exigence.

Article 21

Emetteurs ou Contenu des Documents non spécifiés

Lorsque des documents autres que les documents de transport, les documents d'assurance et les factures commerciales sont exigés, le crédit devrait stipuler par qui de tels documents doivent être émis et leur libellé ou les données qu'ils doivent contenir. Si le crédit ne le stipule pas, les banques accepteront ces documents tels qu'ils leur seront présentés, pour autant que les données qu'ils contiennent ne soient pas incompatibles avec tout autre document stipulé qui a été présenté.

Article 22

Date d'Emission des Documents et Date du Crédit

Sauf stipulations contraires dans le crédit, les banques accepteront un document portant une date d'émission antérieure à celle du crédit, pourvu que ce document soit présenté dans les délais fixés par le crédit et les présents articles.

Article 23

Connaissement maritime

a Si un crédit exige un connaissement couvrant une expédition de port à port, les banques accepteront, sauf stipulations contraires dans le crédit, un document, quelle que soit sa dénomination, qui :

i. présente l'apparence d'indiquer le nom du transporteur et d'avoir été signé ou authentifié de quelque autre manière par:

- le transporteur ou un agent dénommé agissant au nom ou pour le compte du transporteur, ou
- le capitaine ou un agent dénommé agissant au nom ou pour le compte du capitaine.

Toute signature ou authentification d'un transporteur ou capitaine doit être identifiée comme celle du transporteur ou du capitaine selon le cas. Un agent qui signe ou authentifie pour le transporteur ou le capitaine doit également indiquer les nom et qualité de la partie - à savoir le transporteur ou le capitaine - pour le compte de laquelle il agit,

et

ii. indique que les marchandises ont été mises à bord ou embarquées sur un navire dénommé.

La mise à bord ou le chargement sur un navire dénommé peut être indiqué au moyen d'un libellé pré-imprimé sur le connaissement précisant que les marchandises ont été mises à bord d'un navire dénommé ou chargées sur un navire dénommé ; dans ce cas, la date d'émission du connaissement sera réputée être la date de mise à bord et la date d'expédition.

Dans tous les autres cas, la mise à bord d'un navire dénommé doit être attestée par une annotation sur le connaissement qui précise la date de mise à bord des marchandises, auquel cas la date de l'annotation de mise à bord sera réputée être celle de l'expédition.

Si le connaissement comporte la mention "navire prévu" ou une indication similaire relative au navire, la mise à bord d'un navire dénommé doit être attestée par une annotation de mise à bord sur le connaissement qui doit comporter, outre la date de chargement des marchandises, le nom du navire sur lequel les marchan-

dises ont été chargées, même si elles l'ont été sur le navire désigné comme étant le "navire prévu".

Si le connaissement indique un lieu de réception ou de prise en charge autre que le port de chargement, l'annotation de mise à bord doit aussi indiquer le port de chargement stipulé dans le crédit et le nom du navire sur lequel les marchandises ont été chargées, même si elles l'ont été sur le navire nommément désigné dans le connaissement. Cette disposition s'applique également chaque fois que la mise à bord d'un navire est indiquée par un libellé pré-imprimé sur le connaissement,

et

iii. indique le port de chargement et le port de déchargement stipulés dans le crédit, nonobstant le fait que le document :

a. indique un lieu de prise en charge autre que le port d'embarquement et/ou un lieu de destination finale autre que le port de déchargement,

et/ou

b. contient la mention "prévu" ou une mention similaire visant le port de chargement et/ou le port de déchargement, pourvu que le document précise également les ports de chargement et/ou de déchargement stipulés dans le crédit,

et

iv. consiste en un seul original du connaissement ou, si plusieurs originaux sont émis, le jeu complet des originaux ainsi émis,

et

v. paraît inclure tous les termes et conditions du transport ou donner certains de ceux-ci par référence à une source ou à un document autre que le connaissement (document de transport "short-form"/verso en blanc du connaissement). Les banques n'ont pas à examiner la teneur de ces termes et conditions,

et

vi. ne contient aucune indication qu'il fait l'objet d'une charte-partie et/ou que le navire transporteur a pour seul mode de propulsion la voile,

et

vii. satisfait à tous autres égards aux stipulations du crédit.

---

b Aux fins du présent article, il faut entendre par "transbordement" le déchargement et le rechargement des marchandises d'un navire sur un autre navire au cours du transport maritime depuis le port de chargement jusqu'au port de déchargement stipulés dans le crédit.

---

c Sauf si le transbordement est interdit par les termes et conditions du crédit, les banques accepteront un connaissement indiquant que les marchandises seront transbordées, à condition que tout le voyage par mer soit couvert par un seul et même connaissement.

---

d Même si le transbordement est interdit par les termes et conditions du crédit, les banques accepteront un connaissement qui :

i. indique que le transbordement aura lieu à condition que les marchandises concernées soient expédiées en conteneur(s), remorque(s) et/ou "LASH barges" (barges destinées à être chargées sur un porte-barges) comme attesté par le connaissement, pourvu que tout le voyage par mer soit couvert par un seul et même connaissement,

et/ou

ii. contient des dispositions stipulant que le transporteur se réserve le droit d'effectuer un transbordement.

Article 24

Lettre de Transport maritime non négociable

a Si le crédit exige une lettre de transport maritime non négociable couvrant une expédition de port à port, les banques, sauf stipulations contraires dans le crédit, accepteront un document, quelle que soit sa dénomination, qui :

i. présente l'apparence d'indiquer le nom du transporteur et d'avoir été signé ou autrement authentifié par :

- le transporteur ou un agent dénommé agissant au nom ou pour le compte du transporteur, ou
- le capitaine ou un agent dénommé agissant au nom ou pour le compte du capitaine.

Toute signature ou authentification d'un transporteur ou capitaine doit être identifiée comme celle du transporteur ou du capitaine selon le cas. Un agent qui signe ou authentifie pour le transporteur ou le capitaine doit également indiquer les nom et qualité de la partie - à savoir le transporteur ou le capitaine - pour le compte de laquelle il agit.

et

ii. indique que les marchandises ont été mises à bord ou chargées sur un navire dénommé.

La mise à bord ou le chargement sur un navire dénommé peut être indiqué au moyen d'un libellé pré-imprimé sur la lettre de transport maritime non négociable précisant que les marchandises ont été mises à bord d'un navire dénommé ou chargées sur un navire dénommé ; dans ce cas, la date d'émission de la lettre de transport maritime non négociable sera réputée être la date de mise à bord et la date d'expédition.

Dans tous les autres cas, la mise à bord d'un navire dénommé doit être attestée par une annotation sur la lettre de transport maritime non négociable qui donne la date à laquelle les marchandises ont été mises à bord, la date de l'annotation de mise à bord étant alors réputée être la date d'expédition.

Si la lettre de transport maritime non négociable comporte la mention "navire prévu" ou une indication similaire relative au navire, la mise à bord d'un navire dénommé doit être attestée par une annotation de mise à bord sur la lettre de transport maritime non négociable. Cette annotation doit indiquer, outre la date à laquelle les marchandises ont été mises à bord, le nom du navire sur lequel les marchandises ont été chargées, même si elles l'ont été sur le navire désigné comme étant le "navire prévu".

Si la lettre de transport maritime non négociable indique un lieu de réception ou de prise en charge des marchandises autre que le port de chargement, l'annotation de mise à bord doit aussi inclure le port de mise à bord stipulé dans le crédit et le nom du navire sur lequel les marchandises ont été chargées, même si le chargement a été effectué sur un navire dénommé dans la lettre de transport maritime non négociable. Cette disposition s'applique également lorsque la mise à bord du navire est indiquée par un libellé pré-imprimé sur la lettre de transport maritime non négociable.

et

iii. indique le port de chargement et le port de déchargement stipulés dans le crédit, nonobstant le fait que la lettre de transport maritime non négociable :

a. mentionne un lieu de prise en charge qui peut être différent du port de chargement et/ou un lieu de destination finale qui peut être différent du port de déchargement,

et/ou

b. comporte l'indication "prévu" ou une indication similaire en ce qui concerne le port de chargement et/ou le port de déchargement, pour autant que le document indique également les ports de chargement et/ou de déchargement stipulés dans le crédit,

et

iv. consiste en un unique original de la lettre de transport maritime non négociable ou, si plusieurs originaux ont été émis, le jeu complet des originaux ainsi émis,

et

v. semble inclure tous les termes et conditions du transport ou certains de ceux-ci par référence à une source ou à un document autre que la lettre de transport maritime non négociable (document de transport "short-form" ou lettre de transport maritime non négociable verso en blanc) et les banques n'ont pas à examiner le contenu de ces termes et conditions,

et

vi. ne contient aucune indication que le transport fait l'objet d'une charte-partie et/ou que le navire transporteur a pour seul mode de propulsion la voile,

et

vii. satisfait à tous autres égards aux stipulations du crédit.

b Aux fins de cet article, il faut entendre par "transbordement" le déchargement et le rechargement des marchandises d'un navire sur un autre navire au cours du transport maritime, depuis le port de chargement jusqu'au port de déchargement stipulés dans le crédit.

c Sauf si le transbordement est interdit par les termes du crédit, les banques accepteront une lettre de transport maritime non négociable qui indique que les marchandises seront transbordées, pour autant que tout le voyage par mer soit couvert par une seule et même lettre de transport maritime non négociable.

d Même si le transbordement est interdit par le crédit, les banques accepteront une lettre de transport maritime non négociable qui :

i. indique que le transbordement aura lieu à condition que les marchandises concernées soient expédiées en conteneurs, remorques et/ou "LASH barges" comme attesté par la lettre de transport maritime non négociable, pourvu que tout le voyage par mer soit couvert par une seule et même lettre de transport maritime non négociable,

et/ou

ii. incorpore des dispositions précisant que le transporteur se réserve le droit d'effectuer un transbordement.

Article 25

Connaissement de Charte-Partie

a Si un crédit exige ou autorise un connaissement de charte-partie, les banques accepteront, sauf stipulations contraires dans le crédit, tout document, quelle soit sa dénomination, qui :

i. indique qu'il est soumis à une charte-partie

et

ii. présente l'apparence d'avoir été signé ou autrement authentifié

- par le capitaine ou par un agent dénommé agissant au nom ou pour le compte du capitaine
- par le propriétaire ou par un agent dénommé agissant au nom et pour le compte du propriétaire.

Toute signature ou marque d'authentification du capitaine ou du propriétaire doit être identifiée comme celle du capitaine ou du propriétaire, selon le cas. Un agent qui signe ou authentifie pour le capitaine ou le propriétaire doit également indiquer les nom et qualité de la partie - à savoir le capitaine ou le propriétaire - pour le compte de laquelle il agit,

et

iii. indique ou n'indique pas le nom du transporteur,

et

iv. indique que les marchandises ont été mises à bord ou chargées sur un navire dénommé.

La mise à bord ou le chargement sur un navire dénommé peut être indiqué par un libellé préimprimé sur le connaissement précisant que les marchandises ont été mises à bord d'un navire dénommé ou chargées sur un navire dénommé, auquel cas la date d'émission du connaissement sera réputée être la date de mise à bord et la date d'expédition.

Dans tous les autres cas, la mise à bord d'un navire dénommé doit être attestée par une annotation sur le connaissement qui précise la date de mise à bord des marchandises. Dans ce cas, la date de l'annotation à bord sera réputée être la date d'expédition,

et

v. indique le port de chargement et le port de déchargement stipulés dans le crédit,

et

vi. consiste en un seul original du connaissement ou, si plusieurs originaux ont été émis, dans le jeu complet des originaux ainsi émis,

et

vii. ne contient aucune indication que le navire assurant le transport a pour seul mode de propulsion la voile,

et

viii. satisfait à tous autres égards aux stipulations du crédit.

b Même si le crédit exige la présentation d'un contrat de charte-partie en relation avec un connaissement de charte-partie, les banques n'examineront pas ce contrat de charte-partie mais le transmettront sans responsabilité de leur part.

Article 26

Document de Transport multimodal

a Si un crédit exige un document de transport couvrant au moins deux modes de transport (transport multimodal), les banques accepteront, sauf stipulations contraires dans le crédit, un document, quelle que soit sa dénomination, qui :

i. présente l'apparence d'indiquer le nom du transporteur ou de l'opérateur de transport multimodal et d'avoir été signé ou autrement authentifié par :

- le transporteur ou l'opérateur de transport multimodal ou un agent dénommé agissant au nom ou pour le compte du transporteur ou de l'opérateur de transport multimodal, ou
- le capitaine ou un agent dénommé agissant au nom ou pour le compte du capitaine.

Toute signature ou marque d'authentification d'un transporteur, opérateur de transport multimodal ou capitaine doit être identifiée comme celle du transporteur, opérateur de transport multimodal ou capitaine, selon le cas. Un agent qui signe ou authentifie pour le transporteur, l'opérateur de transport multimodal ou le capitaine doit également indiquer les nom et qualité de la partie, à savoir le transporteur,

l'opérateur de transport multimodal ou le capitaine, pour le compte de laquelle il agit,

et

ii. indique que les marchandises ont été expédiées, prises en charge ou mises à bord.

L'envoi, la prise en charge ou la mise à bord peut être indiqué par une mention à cet effet sur le document de transport multimodal et la date d'émission sera réputée être la date d'envoi, de prise en charge ou de mise à bord, et la date d'expédition. Cependant, si le document indique au moyen d'un timbre ou autrement une date d'envoi, de prise en charge ou de mise à bord, cette date sera réputée être la date d'expédition,

et

iii. a. indique le lieu de prise en charge stipulé dans le crédit, qui peut être différent du port, aéroport ou lieu de chargement, et le lieu de destination finale stipulé dans le crédit qui peut être différent du port, aéroport ou lieu de déchargement,

et/ou

b. comporte l'indication "prévu" ou une indication similaire en ce qui concerne le navire et/ou le port de mise à bord, et/ou le port de déchargement,

et

iv. consiste en un unique original du document de transport multimodal ou, si plusieurs originaux ont été émis, dans le jeu complet des originaux ainsi émis,

et

v. semble inclure tous les termes et conditions du transport ou certains de ceux-ci par référence à une source ou à un document autre que le document de transport multimodal (document de transport "short-form"/verso en blanc du document de transport multimodal), et les banques n'ont pas à examiner le contenu de ces termes et conditions,

et

vi. ne contient aucune indication que le document est soumis à une charte-partie et/ou aucune indication que le navire transporteur a pour seul mode de propulsion la voile,

et

vii. satisfait à tous autres égards aux stipulations du crédit.

b Même si le transbordement est interdit par les conditions du crédit, les banques accepteront un document de transport multimodal qui indique qu'un transbordement aura lieu ou pourra avoir lieu pour autant que toute l'opération de transport soit couverte par un seul et même document de transport multimodal.

Article 27

Document de Transport aérien

a Si un crédit exige un document de transport aérien, les banques accepteront, sauf stipulations contraires dans le crédit, un document, quelle que soit sa dénomination, qui :

i. présente l'apparence d'indiquer le nom du transporteur et d'avoir été signé ou autrement authentifié par :

- le transporteur, ou
- un agent dénommé agissant au nom ou pour le compte du transporteur.

Toute signature ou marque d'authentification du transporteur doit être identifiée par le terme "transporteur". Un agent qui signe ou authentifie pour le transporteur doit également indiquer les nom et qualité de la partie - à savoir le transporteur - pour le compte de laquelle il agit,

et

ii. indique que les marchandises ont été acceptées pour transport,

et

iii. comporte, lorsque le crédit exige une date effective d'expédition, une annotation spécifique de cette date, et la date ainsi portée sur le document de transport aérien sera réputée être la date d'expédition.

Aux fins de cet article, les informations données dans la case du document de transport aérien (case avec l'indication "à utiliser seulement par le transporteur" ou une expression similaire) et relatives au numéro et à la date de vol ne seront pas considérées comme une annotation spécifique de la date d'expédition.

Dans tous les autres cas, la date d'émission du document de transport aérien sera réputée être la date d'expédition,

et

iv. indique l'aéroport de départ et l'aéroport de destination stipulés dans le crédit,

et

v. présente l'apparence d'être l'original pour l'expéditeur/chargeur même si le crédit exige un jeu complet d'originaux ou expressions similaires,

et

vi. présente l'apparence d'inclure tous les termes et conditions de transport ou certains de ceux-ci par référence à une source ou à un document autre que le document de transport aérien. Les banques n'ont pas à examiner le contenu de ces termes et conditions,

et

vii. satisfait à tous autres égards aux stipulations du crédit.

b Aux fins de cet article, il faut entendre par "transbordement" le déchargement et rechargement des marchandises d'un aéronef sur un autre aéronef au cours du transport depuis l'aéroport de départ jusqu'à l'aéroport de destination stipulés dans le crédit.

c Même si le crédit interdit le transbordement, les banques accepteront un document de transport aérien qui indique qu'il y aura ou pourra y avoir transbordement, pourvu que tout le voyage soit couvert par un seul et même document de transport aérien.

Article 26

Documents de Transport par Route, Rail ou Voie d'Eau intérieure

a Si un crédit exige un document de transport par route, rail ou voie d'eau intérieure, les banques accepteront, sauf stipulations contraires dans le crédit, un document du type exigé, quelle que soit sa dénomination, qui :

i. présente l'apparence d'indiquer le nom du transporteur et d'avoir été signé ou autrement authentifié par le transporteur ou par un agent dénommé agissant au nom ou pour le compte du transporteur et/ou de porter un timbre de réception ou toute autre indication de réception par le transporteur ou un agent dénommé agissant au nom ou pour le compte du transporteur.

Toute signature ou authentification, tout timbre de réception ou toute autre indication du transporteur doit être identifié au recto comme celle du transporteur. Un agent qui signe ou authentifie au nom du transporteur doit également indiquer les nom et qualité de la partie, à savoir le transporteur, pour le compte de laquelle il agit.

et

ii. indique que les marchandises ont été reçues pour expédition, envoi ou transport ou des expressions similaires. La date d'émission sera réputée être la date d'expédition sauf si le document de transport porte un timbre de réception, auquel cas la date de ce timbre sera réputée être la date d'expédition,

et

iii. indique le lieu d'expédition et le lieu de destination stipulés dans le crédit,

et

iv. satisfait à tous autres égards aux stipulations du crédit.

b En l'absence de toute indication sur le document de transport quant au nombre d'exemplaires émis, les banques accepteront le/les document(s) de transport présenté(s) comme constituant un jeu complet. Les banques accepteront à titre d'original ou d'originaux ce/ces document(s) de transport qu'il(s) soi(ent) ou non marqué(s) "original".

c Aux fins de cet article, il faut entendre par transbordement le déchargement et le rechargement des marchandises d'un moyen de transport sur un autre moyen de transport, et ce par différents modes de transport, pendant l'opération de transport depuis le lieu d'expédition jusqu'au lieu de destination comme stipulés dans le crédit.

d Même si le crédit interdit le transbordement, les banques accepteront un document de transport par route, rail ou voie d'eau intérieure qui indique qu'il y aura ou pourra y avoir transbordement, pour autant que l'opération de transport toute entière soit couverte par un seul et même document de transport et dans le cadre du même mode de transport.

Article 29

Récépissés de Sociétés de Courrier express et de la Poste

a Si un crédit exige un récépissé postal ou un certificat d'expédition par poste, les banques accepteront, sauf stipulations contraires dans le crédit, un tel récépissé ou certificat postal :

i. s'il présente l'apparence d'avoir été estampillé ou autrement authentifié et daté du lieu d'où le crédit stipule que les marchandises doivent être expédiées ou envoyées. Cette date sera réputée être celle de l'expédition ou de l'envoi,

et

ii. s'il satisfait à tous autres égards aux stipulations du crédit.

b Si un crédit exige un document émis par une société de courrier express ou par un service de livraison rapide et attestant que les marchandises ont été reçues pour livraison, les banques accepteront, sauf stipulations contraires dans le crédit, un document, quelle que soit sa dénomination, qui :

i. présente l'apparence d'indiquer le nom de la société de courrier express/du service de livraison, et d'avoir été timbré, signé ou autrement authentifié par la société de courrier express/le service de livraison dénommé(e) (à moins que le crédit n'exige spécifiquement un document émis par une société de courrier express/service de livraison dénommé(e), les banques accepteront un document émis par n'importe quel(le) service de livraison/société de courrier express),

et

ii. indique une date de collecte ou de réception ou une expression à cet effet, et cette date sera réputée être celle de l'expédition ou de l'envoi,

et

iii. satisfait à tous autres égards aux stipulations du crédit.

Article 30

Documents de Transport émis par des Transitaires

Sauf autorisation contraire dans le crédit, les banques accepteront seulement un document de transport émis par un transitaire s'il présente l'apparence d'indiquer :

i. le nom du transitaire en tant que transporteur ou opérateur de transport multimodal, et la signature ou toute autre authentification du transitaire agissant en qualité de transporteur ou d'opérateur de transport multimodal,

ou

ii. le nom du transporteur ou de l'opérateur de transport multimodal, et la signature ou toute autre authentification du transitaire agissant en qualité d'agent dénommé au nom ou pour le compte du transporteur ou de l'opérateur de transport multimodal.

Article 31

"En Pontée", Poids et Décomptes de l'Expéditeur, Nom de l'Expéditeur

Sauf stipulations contraires dans le crédit, les banques accepteront un document de transport qui :

i. n'indique pas, dans le cas d'un transport par mer ou par plus d'un mode de transport comprenant un transport par mer, que les marchandises sont ou seront chargées en pontée. Néanmoins, les banques accepteront un document de transport qui comporte une disposition stipulant que les marchandises pourront être transportées en pontée, pourvu qu'il n'indique pas expressément que les marchandises sont ou seront chargées en pontée,

et/ou

ii. porte au recto une clause telle que "poids et décomptes du chargeur" ou "contient aux dires du chargeur" ou une mention similaire,

et/ou

iii. indique comme expéditeur des marchandises une partie autre que le bénéficiaire du crédit.

Article 32

Documents de Transport net

a Un document de transport net est un document qui ne comporte aucune clause ou annotation constatant expressément un état défectueux des marchandises et/ou de l'emballage.

b Les banques refuseront les documents de transport comportant de telles clauses ou annotations sauf si le crédit stipule expressément les clauses ou annotations qui peuvent être acceptées.

c Les banques considéreront qu'une condition du crédit exigeant que le document de transport porte la mention "net à bord" est respectée si ce document de transport répond aux conditions de cet Article et des Articles 23, 24, 25, 26, 27, 28 ou 30.

Article 33

Documents de Transport "Fret payable/payé d'avance"

a Sauf stipulations contraires dans le crédit ou incompatibilité avec l'un des documents présentés en vertu du crédit, les banques accepteront des documents de transport mentionnant que le fret ou les frais de transport (ci-après qualifiés de fret) restent à payer.

b Si un crédit stipule que le document de transport doit indiquer que le fret a été payé ou payé d'avance, les banques accepteront un document de transport sur lequel figure une mention indiquant clairement, au moyen d'un cachet ou autrement, le paiement ou le paiement d'avance du fret, ou sur lequel

le paiement ou le paiement d'avance du fret est indiqué par d'autres moyens. Si le crédit exige que les frais des sociétés de courrier express soient payés ou payés d'avance, les banques accepteront également un document de transport émis par une société de courrier express ou un service de livraison rapide et attestant que les frais de courrier express sont à la charge d'une partie autre que le destinataire.

c La mention "fret payable d'avance" ou "fret à payer d'avance" ou une mention similaire, si elle apparaît sur des documents de transport, ne sera pas acceptée comme preuve du paiement du fret.

d Les banques accepteront des documents de transport faisant mention, au moyen d'un cachet ou autrement, de frais s'ajoutant au fret, tels que des frais ou débours relatifs au chargement, au déchargement ou à des opérations similaires, sauf si les termes et conditions du crédit interdisent expressément de telles mentions.

Article 34

Documents d'Assurance

a Les documents d'assurance doivent présenter l'apparence d'être émis et signés par des compagnies d'assurance ou autres assureurs ("underwriters") ou par leurs agents.

b Si le document d'assurance indique qu'il a été émis plus d'un original, tous les originaux doivent être présentés, sauf autorisation contraire dans le crédit.

c Les notes de couverture (arrêtés) émises par des courtiers ne seront pas acceptées, sauf si cela est expressément autorisé dans le crédit.

d Sauf stipulations contraires dans le crédit, les banques accepteront un certificat d'assurance ou une déclaration sous couverture ouverte qui a été pré-

signé(e) par des compagnies d'assurance ou d'autres assureurs ("underwriters") ou par leurs agents. Si un crédit exige spécifiquement un certificat d'assurance ou une déclaration sous couverture ouverte, les banques accepteront, en lieu et place, une police d'assurance.

e Sauf stipulations contraires dans le crédit ou sauf s'il ressort du document d'assurance que la couverture prend effet au plus tard à la date de mise à bord ou d'expédition ou de prise en charge des marchandises, les banques n'accepteront pas un document d'assurance dont la date d'émission est postérieure à la date de mise à bord ou d'expédition ou de prise en charge telle qu'indiquée dans ce document de transport.

f I. Sauf stipulations contraires dans le crédit, le document d'assurance doit être libellé dans la monnaie du crédit.

II. Sauf stipulations contraires dans le crédit, la valeur minimum de couverture souscrite que le document d'assurance doit indiquer est - selon le cas - la valeur CIF (coût, assurance, fret (... "port de destination désigné")) ou CIP (fret/port payé, assurance comprise, jusqu'au (..."point de destination désigné")) des marchandises, majorée de 10% mais seulement lorsque la valeur CIF ou CIP peut être déterminée d'après les documents. A défaut, les banques accepteront comme valeur minimum 110% du montant le plus élevé entre le montant pour lequel le paiement, l'acceptation ou la négociation est demandée en vertu du crédit, et le montant brut de la facture commerciale.

Article 35

Type de Couverture d'Assurance

a Les crédits devraient stipuler le type d'assurance requis et, le cas échéant, les risques additionnels qui doivent être couverts. Des termes imprécis tels que "risques habituels" ou "risques courants" ne

doivent pas être utilisés ; s'ils le sont, les banques accepteront les documents d'assurance tels que présentés, sans assumer de responsabilité pour tous risques non couverts.

b En l'absence de stipulations spécifiques dans le crédit, les banques accepteront les documents d'assurance tels que présentés, sans assumer de responsabilité pour tous risques non couverts.

c Sauf stipulations contraires dans le crédit, les banques accepteront un document d'assurance indiquant que la couverture est soumise à franchise, qu'il s'agisse d'une franchise atteinte ou d'une franchise déduite.

Article 36

Couverture d'Assurance "Tous Risques"

Lorsqu'un crédit stipule "assurance contre tous risques", les banques accepteront un document d'assurance qui contient toute clause ou annotation "tous risques", que le titre en soit ou non "tous risques", même si le document d'assurance indique que certains risques sont exclus, et cela sans assumer aucune responsabilité pour tous risques non couverts.

Article 37

Factures commerciales

a Sauf stipulations contraires dans le crédit, les factures commerciales :

i. doivent présenter l'apparence d'être émises par le Bénéficiaire désigné dans le crédit (sous réserve des dispositions de l'article 48),

et

ii. doivent être établies au nom du Donneur d'ordre (sous réserve des dispositions de l'article 48(h)),

et

iii. n'ont pas besoin d'être signées.

b Sauf stipulations contraires dans le crédit, les banques peuvent ne pas accepter les factures commerciales établies pour un montant supérieur à celui autorisé par le crédit. Néanmoins, si une banque autorisée à payer, à contracter un engagement de paiement différé, à accepter une traite, ou à négocier en vertu d'un crédit, accepte de telles factures, sa décision liera toutes les parties, pourvu que ladite banque n'ait pas payé, contracté un engagement de paiement différé, accepté une traite, ou négocié pour un montant supérieur à celui autorisé par le crédit.

c La désignation des marchandises figurant sur la facture commerciale doit correspondre à celle donnée dans le crédit. Sur tous les autres documents, les marchandises peuvent être décrites en termes généraux qui ne soient pas incompatibles avec la description qu'en donne le crédit.

Article 38

Autres Documents

Si un crédit exige une attestation ou une certification de poids dans le cas de transports autres que par mer, les banques accepteront un timbre de pesage ou une déclaration de poids qui présente l'apparence d'avoir été surajoutée sur le document de transport par le transporteur ou son agent, sauf si le crédit stipule expressément que l'attestation ou la certification de poids doit être donnée par un document distinct.

E. Dispositions diverses

Article 39

Tolérances relatives au Montant du Crédit, à la Quantité et aux Prix unitaires

a Les expressions "environ", "approximativement", "*circa*" ou similaires employées en ce qui concerne

le montant du crédit ou la quantité ou le prix unitaire mentionnés dans le crédit seront interprétées comme permettant un écart maximum de 10% en plus ou en moins sur le montant, la quantité ou le prix unitaire auxquels elles s'appliquent.

b Sauf si un crédit stipule qu'il ne doit être livré ni plus ni moins que la quantité de marchandises prescrite, un écart de 5% en plus ou en moins sera admis, mais toujours sous réserve que le montant des tirages ne dépasse pas le montant du crédit. Cette tolérance ne s'applique pas lorsque le crédit spécifie la quantité par un nombre donné d'unités d'emballages ou d'articles individualisés.

c Sauf stipulations contraires dans un crédit qui interdit les expéditions partielles ou sauf si l'alinéa (b) ci-dessus est applicable, un écart de 5% en moins sur le montant du tirage sera admis, pourvu que si le crédit stipule la quantité des marchandises et un prix unitaire, ladite quantité soit expédiée en totalité et le prix unitaire ne soit pas réduit. Cette disposition ne s'applique pas lorsque des expressions visées à l'alinéa (a) ci-dessus sont utilisées dans le crédit.

Article 40

Expéditions/Tirages partiels

a Les expéditions et/ou tirages partiels sont autorisés sauf stipulations contraires dans le crédit.

b Les documents de transport qui présentent l'apparence d'indiquer que l'expédition a été effectuée par le même moyen de transport et pour le même voyage, sous réserve qu'ils indiquent la même destination, ne seront pas considérés comme couvrant des expéditions partielles, même si les documents de transport mentionnent des dates différentes d'expédition et/ou des ports de chargement, lieux de prise en charge ou d'envoi différents.

c Des expéditions effectuées par poste ou par courrier express ne seront pas considérées comme des expéditions partielles si les récépissés postaux ou les certificats d'expédition par poste ou les récépissés ou bordereaux d'envoi de la société de courrier express présentent l'apparence d'avoir été estampillés, signés ou autrement authentifiés du lieu d'où le crédit stipule que les marchandises doivent être expédiées, et à la même date.

Article 41

Expéditions/Tirages fractionnés

Si des tirages et/ou expéditions fractionnés au cours de périodes déterminées sont stipulés dans le crédit et qu'une fraction n'est pas utilisée et/ou expédiée dans la période autorisée pour cette fraction, le crédit cesse d'être valable pour cette fraction et pour toute fraction subséquente, sauf stipulations contraires dans le crédit.

Article 42

Date extrême de Validité et Lieu de Présentation des Documents

a Tout crédit doit stipuler une date extrême de validité et un lieu de présentation des documents pour paiement, acceptation ou, sauf dans le cas de crédits librement négociables, pour négociation. Toute date extrême de validité stipulée pour le paiement, l'acceptation ou la négociation sera considérée comme étant la date extrême pour la présentation des documents.

b Sous réserve des dispositions de l'article 44 alinéa (a) les documents doivent être présentés au plus tard à la date extrême de validité.

c Si une Banque émettrice mentionne que le crédit sera valable "pour une durée d'un mois", "pour une durée de six mois", ou expression(s) similaire(s) mais ne spécifie pas la date de départ de ce délai, la date d'émission du crédit par la Banque émettrice sera réputée être le premier jour à partir duquel le délai commence à courir. Les banques devraient décourager toute tendance à indiquer de cette manière la date d'expiration du crédit.

Article 43

Limitation sur la Date extrême de Validité

a Outre la stipulation d'une date limite pour la présentation des documents, tout crédit qui exige un ou des documents de transport devrait aussi fixer une période expressément définie après la date d'expédition, au cours de laquelle les documents doivent être présentés en conformité avec les termes et conditions du crédit. Si une telle période n'est pas stipulée, les banques refuseront les documents présentés plus de 21 jours après la date d'expédition. Dans tous les cas, cependant, les documents doivent être présentés au plus tard à la date d'expiration du crédit.

b Dans les cas où s'applique l'article 40 alinéa (b), la date d'expédition sera considérée comme étant la date d'expédition la plus récente figurant sur l'un des documents de transport présentés.

Article 44

Report de la Date extrême de Validité

a Si la date d'expiration du crédit et/ou le terme de la période fixée pour la présentation des documents stipulés dans le crédit ou applicable en vertu de l'article 43 tombe un jour où la banque à laquelle les documents doivent être présentés est fermée pour des raisons autres que celles visées à l'article 17, la date d'expiration stipulée et/ou le terme de la période fixée pour la présentation des documents à compter de la date d'expédition, selon le cas, sera reporté au premier jour de réouverture de ladite banque.

b La date extrême d'expédition ne sera pas prorogée en raison du report de la date d'expiration et/ou de la période fixée après la date d'expédition pour la présentation des documents conformément à l'alinéa (a) ci-dessus. Si aucune date extrême pour l'expédition n'est stipulée dans le crédit ou dans les amendements au crédit, les banques refuseront les documents de transport mentionnant une date d'expédition postérieure à la date d'expiration que stipule le crédit ou un amendement au crédit.

c La banque à laquelle les documents sont présentés le premier jour de sa réouverture doit fournir une déclaration indiquant que les documents ont été présentés dans les délais prorogés conformément à l'article 44 alinéa (a) des Règles et Usances Uniformes relatives aux Crédits Documentaires, Révision de 1993, Publication CCI N° 500.

Article 45

Heures de Présentation

Les banques n'ont aucune obligation d'accepter la présentation des documents en dehors des heures d'ouverture de leurs guichets.

Article 46

Expressions générales relatives aux Dates d'Expédition

a Sauf stipulations contraires dans le crédit, l'expression "expédition" utilisée pour déterminer la date la plus proche et/ou la date extrême d'expédition sera comprise comme incluant des expressions telles que "mise à bord", "envoi", "accepté pour transport", "date de récépissé postal", "date de collecte" ou similaires et, dans le cas d'un crédit exigeant ou autorisant la présentation d'un document de transport multimodal, l'expression "prise en charge".

b Des expressions telles que "promptement", "immédiatement", "le plus tôt possible" ou expressions similaires ne devraient pas être utilisées. Si elles sont employées, les banques n'en tiendront pas compte.

c Si l'expression "le ... ou vers le ..." ou des mentions similaires sont employées, les banques les interpréteront comme stipulant que l'expédition doit être effectuée dans une période allant de cinq jours avant jusqu'à cinq jours après la date indiquée, les jours limites inclus.

Article 47

Terminologie relative aux Dates pour les Périodes d'Expédition

a Les mots "au", "jusqu'au", "depuis" et expressions similaires employés pour définir toute date ou période d'expédition qui est mentionnée dans le crédit se comprendront comme incluant la date indiquée.

b Les mots "après le" se comprendront comme excluant la date mentionnée.

c Les expressions "première moitié", "seconde moitié" d'un mois devront s'entendre respectivement comme allant du 1er au 15 inclus et du 16 au dernier jour du mois inclus.

d Les expressions "commencement", "milieu" ou "fin" d'un mois devront s'entendre respectivement comme allant du 1er au 10 inclus, du 11 au 20 inclus, et du 21 au dernier jour du mois inclus.

F. Crédit transférable

Article 48

Crédit transférable

a Un crédit transférable est un crédit en vertu duquel le bénéficiaire (Premier Bénéficiaire) peut demander à la banque autorisée à payer, à contracter un engagement de paiement différé ou à accepter, ou à négocier (la Banque "transférante") ou, dans le cas d'un crédit librement négociable, la banque spécifiquement habilitée dans le crédit à titre de Banque "transférante", qu'elle permette l'utilisation du crédit en totalité ou en partie par un ou plusieurs autres bénéficiaires (Second(s) Bénéficiaire(s)).

b Un crédit ne peut être transféré que s'il est expressément qualifié de "transférable" par la Banque émettrice. Des termes tels que "divisible", "fractionnable", "assignable" ou "transmissible" ne rendent pas le crédit transférable. Si de tels termes sont employés, il n'en sera pas tenu compte.

c Une Banque "transférante" n'a aucune obligation d'effectuer ce transfert si ce n'est dans les limites et les formes auxquelles ladite banque aura expressément consenti.

d Au moment où il fait une demande de transfert et avant le transfert du crédit, le Premier Bénéficiaire doit donner des instructions irrévocables à la Banque "transférante" s'il se réserve ou non le droit de ne pas autoriser la Banque "transférante" à porter les amendements à la connaissance du/des Second(s) Bénéficiaire(s). Si la Banque "transférante" consent à effectuer le transfert dans ces conditions, elle doit au moment du transfert informer le/les Second(s) Bénéficiaire(s) des instructions relatives aux amendements qu'elle a reçues du Premier Bénéficiaire.

e Si un crédit est transféré à plusieurs Seconds Bénéficiaires, le refus d'un amendement par un ou plusieurs desdits Seconds Bénéficiaires n'entraîne pas la nullité de l'acceptation du ou des autres Seconds Bénéficiaires vis à vis desquels le crédit sera amendé en conséquence. Le crédit restera non amendé vis à vis du/des Second(s) Bénéficiaire(s) qui ont refusé l'amendement.

f Les frais de la Banque "transférante" pour ses services, y compris les commissions, honoraires, frais ou dépenses, sont à la charge du Premier Bénéficiaire sauf accord contraire. Si la Banque "transférante" accepte de transférer le crédit, elle n'aura aucune obligation de le faire tant que les frais ci-dessus ne lui auront pas été payés.

g Sauf stipulations contraires dans le crédit, un crédit transférable ne peut être transféré qu'une seule fois. En conséquence, le crédit ne peut être transféré à la demande du Second Bénéficiaire en faveur d'un troisième bénéficiaire. Aux fins de cet article, un retransfert de ce crédit au Premier Bénéficiaire ne constitue pas un transfert interdit.

Des fractions d'un crédit transférable (n'excédant pas au total le montant du crédit) peuvent être transférées séparément, à condition que les expéditions/tirages partiels ne soient pas interdits, et l'ensemble de ces transferts sera considéré comme ne constituant qu'un seul transfert de crédit.

h Le crédit ne peut être transféré que suivant les termes et conditions spécifiés dans le crédit d'origine sauf en ce qui concerne :

- le montant du crédit,
- tout prix unitaire y indiqué,
- la date de validité,
- la date limite de présentation des documents selon l'article 43,
- la période d'expédition,

tous ces éléments pouvant être - conjointement ou séparément - réduits ou ramenés.

Le pourcentage pour lequel la couverture d'assurance doit être prise peut être augmenté afin d'atteindre le montant de couverture stipulé dans le crédit d'origine, ou les présents articles.

En outre, le nom du Premier Bénéficiaire peut être substitué à celui du donneur d'ordre, mais si selon le crédit d'origine le nom du donneur d'ordre doit apparaître sur un quelconque document autre que la facture, cette exigence doit être respectée.

i Le Premier Bénéficiaire a le droit de substituer sa/ses propre(s) facture(s) et traite(s)) en échange de celles du Second Bénéficiaire pour des montants ne dépassant pas le montant initial stipulé dans le crédit et pour les prix unitaires initiaux si le crédit en stipule. Lors d'une telle substitution de facture(s) (et traite(s)), le Premier Bénéficiaire peut se faire régler en vertu du crédit la différence existant, le cas échéant, entre sa/ses propre(s) facture(s) et celles du ou des Second(s) Bénéficiaire(s).

Lorsqu'un crédit a été transféré et que le Premier Bénéficiaire doit fournir sa/ses propre(s) facture(s) (et traite(s)) en échange des factures (et traites) du/des second(s) bénéficiaire(s) mais qu'il ne le fait pas à première demande, la Banque "transférante" a le droit de remettre à la Banque émettrice les documents reçus en vertu du crédit transféré y compris la/les facture(s) (et traite(s)) du/des Second(s) Bénéficiaire(s), et ce sans encourir de responsabilité envers le Premier Bénéficiaire.

j Le Premier Bénéficiaire peut demander que le paiement ou la négociation soit effectué au(x) Second(s) Bénéficiaire(s) sur la place où le crédit a été transféré jusques et y compris la date d'expiration du crédit, à moins que le crédit d'origine ne spécifie expressément qu'il ne peut être payé ou négocié sur une place autre que celle indiquée dans le crédit. Cela est sans préjudice du droit du Premier Bénéficiaire de substituer par la suite sa ou ses propres factures et traites à celles du ou des Seconds Bénéficiaires et de réclamer toute différence qui lui serait due.

G. Cession du Produit du Crédit

Article 49

Cession du Produit du Crédit

Le fait qu'un crédit ne soit pas désigné comme transférable n'affectera pas le droit du bénéficiaire de céder tout droit de créance qu'il a obtenu ou pourrait obtenir en vertu de ce crédit, conformément aux dispositions de la loi applicable. Cet article vise seulement la cession de créances et non la cession du droit de réaliser les conditions du crédit lui-même.

ARBITRAGE CCI

Les parties contractantes qui souhaitent avoir la possibilité de recourir à l'arbitrage CCI en cas de litige doivent en convenir de manière claire et précise, soit dans leur contrat, soit dans un échange de correspondance donnant lieu à un accord, dans l'hypothèse où un document unique n'aurait pas été établi. L'émission d'une lettre de crédit se référant aux RUU 500 ne constitue pas une convention par laquelle les parties entendent soumettre leurs différends à l'arbitrage CCI. La CCI recommande aux parties désirant faire référence à l'arbitrage CCI dans leurs contrats d'y insérer la clause type suivante:

« Tous différends découlant du présent contrat seront tranchés définitivement suivant le Règlement de Conciliation et d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale par un ou plusieurs arbitres nommés conformément à ce Règlement. »

LA CCI AU SERVICE DES AFFAIRES

La Chambre de Commerce Internationale (CCI) est une organisation non-gouvernementale au service des milieux d'affaires internationaux.

La CCI compte parmi ses membres, dans plus de cent pays, des milliers de groupements économiques et d'entreprises aux intérêts internationaux. Dans une soixantaine de pays, des Conseils et des Comités Nationaux organisent et coordonnent les activités au niveau national.

La CCI

- représente les milieux d'affaires internationaux au niveau national et international,
- encourage les échanges et les investissements mondiaux, sur la base d'une concurrence libre et loyale;
- harmonise les pratiques commerciales et propose des principes directeurs aux importateurs et exportateurs;
- apporte aux milieux d'affaires internationaux une gamme de services pratiques de plus en plus nombreux.

Sa filiale ICC Publishing S.A. publie et diffuse de nombreuses publications. La CCI organise en outre régulièrement, dans le monde entier, des congrès, des conférences et des séminaires de formation.

Quelques services de la CCI

La Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI *(Paris)*
Le Centre International d'Expertise de la CCI *(Paris)*
Le Bureau Maritime International de la CCI *(Londres)*
Le Centre de Coopération Maritime de la CCI *(Londres)*
Le Bureau d'Enquêtes sur la Contrefaçon de la CCI *(Londres)*
Le Bureau contre le Crime Commercial de la CCI *(Londres)*
Le Bureau International des Chambres de Commerce *(Paris)*
L'Institut du Droit et des Pratiques des Affaires Internationales de la CCI *(Paris)*
Le Conseil Mondial des Entreprises pour l'Environnement CMEE / WICE *(Paris)*

Pour plus de renseignements sur les publications et activités de la CCI, et pour recevoir le programme des événements et séminaires de la CCI, veuillez prendre contact avec la Chambre de Commerce Internationale à Paris ou le Comité National de votre pays.

IX. ÉTAT DES TEXTES DE LA CNUDCI

A. État des conventions : note du Secrétariat (A/CN.9/401) [Original : anglais]

1. A sa treizième session, la Commission a décidé qu'elle examinerait, à chacune de ses sessions, l'état des conventions auxquelles ses travaux avaient abouti[1].

2. La présente note est soumise comme suite à cette décision. On trouvera en annexe l'état, au 11 mai 1994, des conventions suivantes (signatures, ratifications, adhésions et approbations) : Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (New York, 1974); Protocole modifiant la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980); Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer (Hambourg, 1978); Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux (New York, 1988); Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980); Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international (Vienne, 1991); et Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958). Cette dernière Convention, qui ne résulte pas des travaux de la Commission, a été retenue aux fins de la présente note en raison du grand intérêt que lui porte la Commission, notamment dans le cadre de ses travaux portant sur l'arbitrage commercial international. On trouvera en outre, dans la présente note, les États et territoires ayant adopté des textes législatifs fondés sur la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international.

3. Depuis la publication du précédent rapport, qui indiquait l'état des conventions au 14 juillet 1993 (A/CN.9/381), il a été reçu quatre instruments supplémentaires d'adhésion (Bosnie-Herzégovine, États-Unis d'Amérique, République tchèque, Ukraine) à la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (New York, 1974) et deux instruments d'adhésion supplémentaires (États-Unis d'Amérique, République tchèque) au Protocole modifiant la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980). Il a été reçu deux instruments supplémentaires d'adhésion (Autriche, Cameroun) à la Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, 1978 (Hambourg), quatre instruments d'adhésion supplémentaires (Bosnie-Herzégovine, Estonie, République tchèque et Slovénie) à la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980) et cinq instruments d'adhésion supplémentaires (Arabie saoudite, Croatie, Estonie, ex-République yougoslave de Macédoine et République tchèque) à la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958). Des textes législatifs fondés sur la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international ont été adoptés dans les pays suivants : Bermudes, Égypte, Fédération de Russie, Finlande et Mexique.

4. Les noms des États qui ont ratifié les conventions ou y ont adhéré depuis l'établissement du précédent rapport sont en italique, ainsi que ceux des nouveaux États qui ont déposé des instruments de succession.

[1] Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa treizième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-cinquième session, Supplément n° 17* (A/35/17), par. 163.

ANNEXE

1. Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (New York, 1974)[a]

État	*Signature*	*Ratification Adhésion Approbation Succession (*)*	*Entrée en vigueur*
Argentine		9 octobre 1981	1er août 1988
Bélarus	14 juin 1974		
Bosnie-Herzégovine		12 janvier 1994*	6 mars 1992
Brésil	14 juin 1974		
Bulgarie	24 février 1975		
Costa Rica	30 août 1974		
Égypte		6 décembre 1982	1er août 1988
États-Unis d'Amérique		5 mai 1994	1er décembre 1994

État	Signature	Ratification Adhésion Approbation Succession (*)	Entrée en vigueur
Fédération de Russie[b]	14 juin 1974		
Ghana	5 décembre 1974	7 octobre 1975	1er août 1988
Guinée		23 janvier 1991	1er août 1991
Hongrie	14 juin 1974	16 juin 1983	1er août 1988
Mexique		21 janvier 1988	1er août 1988
Mongolie	14 juin 1974		
Nicaragua	13 mai 1975		
Norvège[l]	11 décembre 1975	20 mars 1980	1er août 1988
Ouganda		12 février 1992	1er septembre 1992
Pologne	14 juin 1974		
République dominicaine		23 décembre 1977	1er août 1988
République tchèque[c]		30 septembre 1993*	1er janvier 1993
Roumanie		23 avril 1992	1er novembre 1992
Slovaquie[c]		28 mai 1993*	1er janvier 1993
Ukraine	14 juin 1974	13 septembre 1993	1er avril 1994
Yougoslavie		27 novembre 1978	1er août 1988
Zambie		6 juin 1986	1er août 1988

Simples signatures : 8; ratifications, adhésions et successions : 17.

[a]Le texte de la Convention a été établi en anglais, chinois, espagnol, français et russe, chacune de ces langues faisant foi. Le 11 août 1992, le Secrétaire général, en réponse à une demande de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, a distribué une proposition tendant à ce qu'une version en arabe de la Convention, faisant également foi, soit adoptée. Aucune objection n'ayant été soulevée, le texte arabe a été considéré comme adopté le 9 novembre 1992, avec la même valeur que les autres textes faisant foi dont fait mention la Convention.

[b]La Convention a été signée le 14 juin 1974 par l'ancienne République démocratique allemande, qui l'a ratifiée le 31 août 1989; elle est entrée en vigueur le 1er mars 1990.

[b]La Fédération de Russie a succédé, à la date du 24 décembre 1991, à l'ancienne Union des Républiques socialistes soviétiques (URSS) en tant qu'État Membre de l'Organisation des Nations Unies, et assume intégralement, à compter de cette date, tous les droits et obligations de l'URSS au titre de la Charte des Nations Unies et des traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général.

[c]La Convention a été signée le 29 août 1975 par l'ancienne Tchécoslovaquie et un instrument de ratification a été déposé le 26 mai 1977; elle est entrée en vigueur, pour l'ancienne Tchécoslovaquie, le 1er août 1988. La Slovaquie, le 28 mai 1993, et la République tchèque, le 30 septembre 1993, ont déposé des instruments de succession, avec effet à compter du 1er janvier 1993, date de succession des États.

Déclarations et réserves

[l]Au moment de la signature, la Norvège a déclaré qu'en application de l'article 34, la Convention ne régirait pas les contrats de vente conclus entre un vendeur et un acheteur ayant tous deux leur établissement sur le territoire des pays nordiques (Danemark, Finlande, Islande, Norvège et Suède), déclaration qu'elle a confirmée au moment de la ratification.

2. Protocole modifiant la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980)

État	Adhésion Succession (*)	Entrée en vigueur
Argentine	19 juillet 1983	1er août 1988
Égypte	6 décembre 1982	1er août 1988
États-Unis d'Amérique[l]	5 mai 1994	1er décembre 1994
Guinée	23 janvier 1991	1er août 1991
Hongrie	16 juin 1983	1er août 1988
Mexique	21 janvier 1988	1er août 1988
Ouganda	23 avril 1992	1er novembre 1992
République tchèque[b]	30 septembre 1993*	1er janvier 1993
Roumanie	12 février 1992	1er septembre 1992
Slovaquie[b]	28 mai 1993*	1er janvier 1993
Zambie	6 juin 1986	1er août 1988

Conformément aux articles XI et XIV du Protocole, les États qui sont Parties contractantes au Protocole sont considérés comme étant également Parties contractantes à la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises telle que modifiée par le Protocole

dans leurs rapports entre eux et Parties contractantes à la Convention non modifiée dans leurs rapports avec toute Partie contractante à cette dernière Convention qui n'est pas devenue Partie contractante au Protocole.

[a]Le Protocole a fait l'objet d'une adhésion de l'ancienne République démocratique allemande le 31 août 1989; il est entré en vigueur le 1er mars 1990.

[b]Le Protocole a fait l'objet d'une adhésion de l'ancienne Tchécoslovaquie le 5 mars 1990[1], avec effet à compter du 10 octobre 1990. La Slovaquie, le 28 mai 1993, et la République tchèque, le 30 septembre 1993, ont déposé des instruments de succession, avec effet à compter du 1er janvier 1993, date de la succession des États.

Déclarations et réserves

[1]Au moment de l'adhésion, la Tchécoslovaquie et les États-Unis d'Amérique ont déclaré qu'en application de l'article XII ils ne se considéraient pas comme liés par l'article premier.

3. Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer (Hambourg, 1978)

État	*Signature*	*Ratification Adhésion*	*Entrée en vigueur*
Allemagne	31 mars 1978		
Autriche	30 avril 1979	29 juillet 1993	1er août 1994
Barbade		2 février 1981	1er novembre 1992
Botswana		16 février 1988	1er novembre 1992
Brésil	31 mars 1978		
Burkina Faso		14 août 1989	1er novembre 1992
Cameroun		21 octobre 1993	1er novembre 1994
Chili	31 mars 1978	9 juillet 1982	1er novembre 1992
Danemark	18 avril 1979		
Égypte	31 mars 1978	23 avril 1979	1er novembre 1992
Équateur	31 mars 1978		
États-Unis d'Amérique	30 avril 1979		
Finlande	18 avril 1979		
France	18 avril 1979		
Ghana	31 mars 1978		
Guinée		23 janvier 1991	1er novembre 1992
Hongrie	23 avril 1979	5 juillet 1984	1er novembre 1992
Kenya		31 juillet 1989	1er novembre 1992
Lesotho		26 octobre 1989	1er novembre 1992
Liban		4 avril 1983	1er novembre 1992
Madagascar	31 mars 1978		
Malawi		18 mars 1991	1er novembre 1992
Maroc		12 juin 1981	1er novembre 1992
Mexique	31 mars 1978		
Nigéria		7 novembre 1988	1er novembre 1992
Norvège	18 avril 1979		
Ouganda		6 juillet 1979	1er novembre 1992
Pakistan	8 mars 1979		
Panama	31 mars 1978		
Philippines	14 juin 1978		
Portugal	31 mars 1978		
République-Unie de Tanzanie		24 juillet 1979	1er novembre 1992
Roumanie		7 janvier 1982	1er novembre 1992
Saint-Siège	31 mars 1978		
Sénégal	31 mars 1978	17 mars 1986	1er novembre 1992
Sierra Leone	15 août 1978	7 octobre 1988	1er novembre 1992
Singapour	31 mars 1978		
Suède	18 avril 1979		
Slovaquie[a]	28 mai 1993		
Tunisie		15 septembre 1980	1er novembre 1992
Venezuela	31 mars 1978		
Zaïre	19 avril 1979		
Zambie		7 octobre 1991	1er novembre 1992

Simples signatures : 21; ratifications et adhésions : 22.

[a]La Convention a été signée le 6 mars 1979 par l'ancienne Tchécoslovaquie[1]. Le 28 mai 1993, la Slovaquie a déposé un instrument de succession à la signature.

Déclarations et réserves

[1]Au moment de la signature, l'ancienne Tchécoslovaquie a déclaré, en application de l'article 26, une formule destinée à convertir en monnaie tchécoslovaque les montants correspondant aux limites de responsabilité visés au paragraphe 2 dudit article, ainsi que lesdits montants applicables sur le territoire de la Tchécoslovaquie, exprimés en monnaie tchécoslovaque.

4. Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980)

État	*Signature*	*Ratification Adhésion Approbation Acceptation Succession (*)*	*Entrée en vigueur*
Allemagne[a, 1]	26 mai 1981	21 décembre 1989	1er janvier 1991
Argentine[2]		19 juillet 1983	1er janvier 1988
Australie		17 mars 1988	1er avril 1989
Autriche	11 avril 1980	29 décembre 1987	1er janvier 1989
Bélarus[2]		9 octobre 1989	1er novembre 1990
Bosnie-Herzégovine		12 janvier 1994*	6 mars 1992
Bulgarie		9 juillet 1990	1er août 1991
Canada[3]		23 avril 1991	1er mai 1992
Chili[2]	11 avril 1980	7 février 1990	1er mars 1991
Chine[4]	30 septembre 1981	11 décembre 1986	1er janvier 1988
Danemark[5]	26 mai 1981	14 février 1989	1er mars 1990
Égypte		6 décembre 1982	1er janvier 1988
Équateur		27 janvier 1992	1er février 1993
Espagne		24 juillet 1990	1er août 1991
Estonie[2]		20 septembre 1993	1er octobre 1994
États-Unis d'Amérique[6]	31 août 1981	11 décembre 1986	1er janvier 1988
Fédération de Russie[b, 2]		16 août 1990	1er septembre 1991
Finlande[5]	26 mai 1981	15 décembre 1987	1er janvier 1989
France	27 août 1981	6 août 1982	1er janvier 1988
Ghana	11 avril 1980		
Guinée		23 janvier 1991	1er février 1992
Hongrie[2, 7]	11 avril 1980	16 juin 1983	1er janvier 1988
Iraq		5 mars 1990	1er avril 1991
Italie	30 septembre 1981	11 décembre 1986	1er janvier 1988
Lesotho	18 juin 1981	18 juin 1981	1er janvier 1988
Mexique		29 décembre 1987	1er janvier 1989
Norvège[2]	26 mai 1981	20 juillet 1988	1er août 1989
Ouganda		1er février 1992	1er mars 1993
Pays-Bas	29 mai 1981	13 décembre 1990	1er janvier 1992
Pologne	28 septembre 1981		
République arabe syrienne		19 octobre 1982	1er janvier 1988
République tchèque[c]		30 septembre 1993*	1er janvier 1993
Roumanie		22 mai 1991	1er juin 1992
Singapour	11 avril 1980		
Slovénie		7 janvier 1994*	25 juin 1991
Slovaquie[c]		28 mai 1993*	1er janvier 1993
Suède[5]	26 mai 1981	15 décembre 1987	1er janvier 1989
Suisse		21 février 1990	1er mars 1991
Ukraine[2]		3 janvier 1990	1er février 1991
Venezuela	28 septembre 1981		
Yougoslavie	11 avril 1980	27 mars 1985	1er janvier 1988
Zambie		6 juin 1986	1er janvier 1988

Simples signatures : 4; ratifications, adhésions, approbations, acceptations et successions : 38.

[a]La Convention a été signée le 13 août 1981 par l'ancienne République démocratique allemande, qui l'a ratifiée le 23 février 1989; elle est entrée en vigueur le 1er mars 1990.

[b]La Fédération de Russie a succédé, à la date du 24 décembre 1991, à l'ancienne Union des Républiques socialistes soviétiques (URSS) en tant qu'État Membre de l'Organisation des Nations Unies, et assume intégralement, à compter de cette date, tous les droits et obligations de l'URSS au titre de la Charte des Nations Unies et des traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général.

[c]La Convention a été signée le 1er septembre 1981 par l'ancienne Tchécoslovaquie et un instrument de ratification a été déposé le 5 mars 1990; elle est entrée en vigueur, pour l'ancienne Tchécoslovaquie, le 1er avril 1991[d]. La Slovaquie, le 28 mai 1993, et la République tchèque, le 30 septembre 1993, ont déposé des instruments de succession, avec effet à compter du 1er janvier 1993, date de succession des États.

Déclarations et réserves

[1]Au moment de la ratification, l'Allemagne a déclaré qu'elle n'appliquerait pas l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article premier pour tout État ayant déclaré qu'il n'appliquerait pas ledit alinéa.

[2]Au moment de l'adhésion, l'Argentine, le Bélarus, le Chili, l'Estonie, la Hongrie, l'Ukraine et l'URSS ont déclaré, conformément aux dispositions des articles 12 et 96 de la Convention, que toute disposition de l'article 11, de l'article 29 ou de la deuxième partie de la Convention autorisant une autre forme que la forme écrite, soit pour la conclusion ou pour la modification ou la résiliation amiable d'un contrat de vente, soit pour toute offre, acceptation ou autre manifestation d'intention, ne s'appliquerait pas dès lors qu'une des parties aurait son établissement dans leur État.

[3]Au moment de l'adhésion, le Canada a déclaré, conformément à l'article 93, que la Convention s'appliquerait à l'Alberta, à la Colombie britannique, à l'île du Prince-Edouard, au Manitoba, à la Nouvelle-Écosse, au Nouveau-Brunswick, à l'Ontario, à Terre-Neuve et aux Territoires du Nord-Ouest. Au moment de l'adhésion, le Canada a déclaré, conformément à l'article 95, que, s'agissant de la Colombie britannique, il ne serait pas lié par l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article premier de la Convention. Dans une notification reçue le 31 juillet 1992, le Canada a retiré cette déclaration. Dans une déclaration reçue le 9 avril 1992, le Canada a étendu l'application de la Convention au Québec et à la Saskatchewan. Dans une notification reçue le 29 juin 1992, le Canada a étendu l'application de la Convention au Yukon.

[4]Au moment de l'approbation, la Chine a déclaré qu'elle ne se considérait pas comme liée par l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article premier ni par l'article 11, non plus que par les dispositions de la Convention se rattachant à la teneur de l'article 11.

[5]Au moment de la ratification, le Danemark, la Finlande, la Norvège et la Suède ont déclaré, en application du paragraphe 1 de l'article 92, qu'ils ne seraient pas liés par la deuxième partie de la Convention (Formation du contrat). Au moment de la ratification, le Danemark, la Finlande, la Norvège et la Suède ont déclaré, en application des paragraphes 1 et 2 de l'article 94, que la Convention ne s'appliquerait pas aux contrats de vente conclus entre parties ayant leur établissement au Danemark, en Finlande, en Suède, en Islande ou en Norvège.

[6]Au moment de la ratification, les États-Unis d'Amérique et la Tchécoslovaquie ont déclaré qu'ils ne seraient pas liés par l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article premier.

[7]Au moment de la ratification, la Hongrie a déclaré qu'elle considérait les Conditions générales de livraisons de marchandises entre organisations des pays membres du Conseil d'assistance économique mutuelle comme relevant des dispositions de l'article 90 de la Convention.

5. Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux (New York, 1988)

État	*Signature*	*Ratification Adhésion*	*Entrée en vigueur*
Canada	7 décembre 1989		
États-Unis d'Amérique	29 juin 1990		
Fédération de Russie[a]	30 juin 1990		
Guinée		23 janvier 1991	
Mexique		11 septembre 1992	

Simples signatures : 3; ratifications et adhésions : 2; nombre de ratifications et d'adhésions nécessaires pour l'entrée en vigueur de la Convention : 10

[a]La Fédération de Russie a succédé, à la date du 24 décembre 1991, à l'ancienne Union des Républiques socialistes soviétiques (URSS) en tant qu'État Membre de l'Organisation des Nations Unies, et assume intégralement, à compter de cette date, tous les droits et obligations de l'URSS au titre de la Charte des Nations Unies et des traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général.

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

État	*Signature*	*Ratification Adhésion*	*Entrée en vigueur*
Espagne	19 avril 1991		
États-Unis d'Amérique	30 avril 1992		

État	*Signature*	*Ratification Adhésion*	*Entrée en vigueur*
France	15 octobre 1991		
Mexique	19 avril 1991		
Philippines	19 avril 1991		

Simples signatures : 5; nombre de ratifications et d'adhésions nécessaires pour l'entrée en vigueur : 5

7. Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985)

Des textes législatifs fondés sur la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international ont été adoptés en Australie, aux *Bermudes*, en Bulgarie, au Canada (par le Parlement fédéral et par les organes législatifs de toutes les provinces et de tous les territoires), à Chypre, en Écosse, en *Égypte*, dans la *Fédération de Russie*, en *Finlande*, à Hong-kong, au *Mexique*, au Nigéria, au Pérou, en Tunisie et dans les États de Californie, du Connecticut, de l'Orégon et du Texas aux États-Unis d'Amérique.

8. Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958)

État	*Signature*	*Ratification Adhésion Succession (*)*
Afrique du Sud		3 mai 1976
Algérie[1, 2]		7 février 1989
Allemagne[4, 1]	10 juin 1958	30 juin 1961
Antigua-et-Barbuda[1, 2]		2 février 1989
Arabie saoudite		19 avril 1994
Argentine[1, 2, 3]	26 août 1958	14 mars 1989
Australie		26 mars 1975
Autriche		2 mai 1961
Bahreïn[1, 2]		6 avril 1988
Bangladesh		6 mai 1992
Barbade[2]		16 mars 1993
Bélarus[1, 4]	29 décembre 1958	15 novembre 1960
Belgique[1]	10 juin 1958	18 août 1975
Bénin		16 mai 1974
Bosnie-Herzégovine[1, 2, 7]		6 mars 1992*
Botswana[1, 2]		20 décembre 1971
Bulgarie[1, 4]	17 décembre 1958	10 octobre 1961
Burkina Faso		23 mars 1987
Cambodge		5 janvier 1960
Cameroun		19 février 1988
Canada[5]		12 mai 1986
Chili		4 septembre 1975
Chine[1, 2]		22 janvier 1987
Chypre[1, 2]		29 décembre 1980
Colombie		25 septembre 1979
Costa Rica	10 juin 1958	26 octobre 1987
Côte d'Ivoire		1er février 1991
Croatie[1, 2, 7]	26 juillet 1993*	
Cuba[1, 2, 4]		30 décembre 1974
Danemark[1, 2]		22 décembre 1972
Djibouti		14 juin 1983
Dominique		28 octobre 1988
Égypte		9 mars 1959
El Salvador	10 juin 1958	
Équateur[1, 2]	17 décembre 1958	3 janvier 1962
Espagne		12 mai 1977
Estonie		30 août 1993
États-Unis d'Amérique[1, 2]		30 septembre 1970
Ex-République yougoslave de Macédoine[1, 2, 7]		10 mars 1994*
Fédération de Russie[6, 1, 4]	29 décembre 1958	24 août 1960
Finlande	29 décembre 1958	19 janvier 1962

État	*Signature*	*Ratification Adhésion Succession (*)*
France[1, 2]	25 novembre 1958	26 juin 1959
Ghana		9 avril 1968
Grèce[1, 2]		16 juillet 1962
Guatemala[1, 2]		21 mars 1984
Guinée		23 janvier 1991
Haïti		5 décembre 1983
Hongrie[1, 2]		5 mars 1962
Inde[1, 2]	10 juin 1958	13 juillet 1960
Indonésie[1, 2]		7 octobre 1981
Irlande[1]		12 mai 1981
Israël	10 juin 1958	5 janvier 1959
Italie		31 janvier 1969
Japon[1]		20 juin 1961
Jordanie	10 juin 1958	15 novembre 1979
Kenya[1]		10 février 1989
Koweït[1]		28 avril 1978
Lesotho		13 juin 1989
Lettonie		14 avril 1992
Luxembourg[1]	11 novembre 1958	9 septembre 1983
Madagascar[1, 2]		16 juillet 1962
Malaisie[1, 2]		5 novembre 1985
Maroc[1]		12 février 1959
Mexique		14 avril 1971
Monaco[1, 2]	31 décembre 1958	2 juin 1982
Niger		14 octobre 1964
Nigéria[1, 2]		17 mars 1970
Norvège[1, 6]		14 mars 1961
Nouvelle-Zélande[1]		6 janvier 1983
Ouganda[1]		12 février 1992
Pakistan	30 décembre 1958	
Panama		10 octobre 1984
Pays-Bas[1]	10 juin 1958	24 avril 1964
Pérou		7 juillet 1988
Philippines[1, 2]	10 juin 1958	6 juillet 1967
Pologne[1, 2]	10 juin 1958	3 octobre 1961
République arabe syrienne		9 mars 1959
République centrafricaine[1, 2]		15 octobre 1962
République de Corée[1, 2]		8 février 1973
République tchèque[c]		30 septembre 1993*
République-Unie de Tanzanie[1]		13 octobre 1964
Roumanie[1, 2, 4]		13 septembre 1961
Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord[1]		24 septembre 1975
Saint-Marin		17 mai 1979
Saint-Siège[1, 2]		14 mai 1975
Singapour[1]		21 août 1986
Slovaquie[c]		28 mai 1993*
Slovénie[1, 2, 7]		25 juin 1991*
Sri Lanka	30 décembre 1958	9 avril 1962
Suède	23 décembre 1958	28 janvier 1972
Suisse[1, 8]	29 décembre 1958	1er juin 1965
Thaïlande		21 décembre 1959
Trinité-et-Tobago[1, 2]		14 février 1966
Tunisie[1, 2]		17 juillet 1967
Turquie[1, 2]		2 juillet 1992
Ukraine[1, 4]	29 décembre 1958	10 octobre 1960
Uruguay		30 mars 1983
Yougoslavie[1, 2, 7]		26 février 1982

Simples signatures : 2; ratifications, adhésions et successions : 96.

[a]La Convention a fait l'objet d'une adhésion de l'ancienne République démocratique allemande le 20 février 1975, avec les réserves 1, 2 *et* 4.

[b]La Fédération de Russie a succédé, à la date du 24 décembre 1991, à l'ancienne Union des Républiques socialistes soviétiques (URSS) en tant qu'État Membre de l'Organisation des Nations

Unies, et assume intégralement, à compter de cette date, tous les droits et obligations de l'URSS au titre de la Charte des Nations Unies et des traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général.

[6]La Convention a été signée par l'ancienne Tchécoslovaquie le 3 octobre 1958 et un instrument de ratification a été déposé le 10 juillet 1959[1,4]. Le 28 mai 1993, la Slovaquie et, le 30 septembre 1993, la République tchèque ont déposé des instruments de succession.

Déclarations et réserves

(A l'exclusion des déclarations territoriales et de certaines autres réserves et déclarations de nature politique)

[1]La Convention s'appliquera uniquement à la reconnaissance et à l'exécution des sentences prononcées sur le territoire d'un autre État contractant.

[2]La Convention s'appliquera seulement aux différends issus de relations juridiques — contractuelles ou non — que la loi nationale considère comme étant d'ordre commercial.

[3]La présente Convention doit être interprétée compte tenu des principes et règles de la Constitution nationale en vigueur ou de ceux qui résultent de réformes prévues par la Constitution.

[4]En ce qui concerne les sentences prononcées sur le territoire d'États non contractants, la Convention ne s'appliquera que dans la mesure où ces États accordent un traitement réciproque.

[5]Le Canada a déclaré qu'il n'appliquerait la Convention qu'aux différends issus de relations juridiques — contractuelles ou non — que la loi nationale considère comme étant d'ordre commercial, sauf dans le cas de la Province de Québec où la loi ne prévoit pas de telles limites.

[6]La Convention ne s'appliquera pas aux différends portant sur des biens immobiliers situés dans l'État considéré ou sur un droit relatif auxdits biens.

[7]La Convention s'appliquera seulement aux sentences arbitrales postérieures à son entrée en vigueur.

[8]Le 23 avril 1993, la Suisse a notifié au Secrétaire général sa décision de retirer la déclaration qu'elle avait faite lors de la ratification.

B. État des Règles de Hambourg : note du Secrétariat (A/CN.9/401/Add.1) [Original : anglais]

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes
INTRODUCTION	1-4
A. Le régime auquel doivent se substituer les Règles de Hambourg	5-9
B. Quelques-unes des principales différences entre le régime de Hambourg et le régime de La Haye	10-26
C. Quelques problèmes que pose la coexistence du régime de Hambourg et du régime de La Haye	27-34
CONCLUSIONS	35-40

INTRODUCTION

1. La Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, 1978 ("Règles de Hambourg") a été adoptée le 31 mars 1978 lors d'une conférence diplomatique universelle tenue à Hambourg[1]. Soixante-huit États ont voté pour la Convention, trois se sont abstenus et aucun n'a voté contre. Au 30 avril 1979, date limite pour la signature, 27 États l'avaient signée. Vingt États y étant devenus parties, la Convention est entrée en vigueur le 1er novembre 1992. Depuis, deux nouveaux États y ont adhéré.

2. Les initiatives qui ont conduit à l'élaboration de la Convention ont été prises à peu près en même temps, en 1968, à la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) et à la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI). Après un examen initial de cette question par

[1]Publiée dans *Conférence des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, Documents officiels*, A/CONF.89/14 (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.80.VIII.1) (Acte final de la Conférence, A/CONF.89/13); *Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, vol. IX : 1978, troisième partie, I, B; et dans une brochure disponible auprès du secrétariat de la Commission.

les deux organisations, la CNUDCI a été priée par l'Assemblée générale de s'acquitter des travaux préparatoires, qui ont abouti à la Conférence diplomatique de Hambourg.

3. L'Assemblée générale, après plusieurs appels similaires, a adopté le 9 décembre 1993 la résolution 48/34, par laquelle elle invitait tous les États à envisager de devenir parties aux Règles de Hambourg et priait le Secrétaire général de continuer à faire tous ses efforts pour encourager les États à adhérer en plus grand nombre à la Convention.

4. La présente note a pour objet de résumer les modifications résultant de l'entrée en vigueur des Règles de Hambourg, de manière à faciliter l'examen par la Commission des mesures à prendre pour accélérer le processus d'adhésion auxdites Règles.

A. Le régime auquel doivent se substituer les Règles de Hambourg

5. L'élaboration des Règles de Hambourg avait pour objet la mise en place d'un système moderne et équitable de responsabilité pour le transport de marchandises par mer. Ce nouveau système devait remplacer le système fondé sur la Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissement (Bruxelles, 25 août 1924) (les "Règles de La Haye").

6. Le régime fondé sur les Règles de La Haye n'est pas uniforme. Certains États ne sont parties qu'aux Règles de La Haye originales, alors que d'autres ont adhéré aux "Règles de La Haye-Visby", c'est-à-dire les Règles de La Haye modifiées par le Protocole du 23 février 1968. En outre, un nombre limité d'États sont parties au Protocole du 21 décembre 1979 modifiant les Règles de La Haye-Visby et introduisant les droits de tirage spéciaux (DTS) pour exprimer les limites pécuniaires de la responsabilité du transporteur.

7. L'absence d'uniformité du régime fondé sur les Règles de La Haye tient également au fait que les États ayant incorporé les Règles de La Haye ou les Règles de La Haye-Visby dans leur législation ne l'ont pas tous fait de la même manière, de sorte que, dans de nombreux cas, le champ d'application des Règles a été élargi. En outre, comme il est noté ci-dessous au paragraphe 17, les divergences des normes de conversion applicables aux dispositions du régime de La Haye concernant les limites pécuniaires de responsabilité ont conduit à l'adoption de limites de responsabilité très diverses.

8. Les incertitudes liées au régime de La Haye tiennent en outre au fait que certains États ont calqué leur législation, entièrement ou partiellement, sur les Règles de La Haye ou les Règles de La Haye-Visby sans y être devenus parties. Ces dernières années, certains États ont adopté ou sont près d'adopter des lois combinant des éléments du régime de La Haye et des Règles de Hambourg; toutefois, ces lois ne combinent pas toutes ces deux régimes de la même manière.

9. Pour les cas où le régime de La Haye ne s'applique pas, les documents de transport comportent souvent des clauses ("clauses paramount") selon lesquelles les Règles de La Haye ou, moins fréquemment, les Règles de La Haye-Visby s'appliquent en tant que règles convenues contractuellement.

B. Quelques-unes des principales différences entre le régime de Hambourg et le régime de La Haye

10. Étant donné la portée et l'objet du présent document, il ne nous est pas possible de donner une description complète des différences entre les Règles de Hambourg et le régime fondé sur les Règles de La Haye ou les Règles de La Haye-Visby. Toutefois, à des fins d'information et d'orientation, nous avons indiqué aux paragraphes suivants certaines des principales différences entre ces régimes[2].

Champ d'application

11. Les Règles de Hambourg s'appliquent à tous les contrats de transports de marchandises par mer entre deux États différents lorsque le port de chargement ou le port de déchargement est situé dans un État contractant ou lorsque le connaissement ou autre document de transport est émis dans un État contractant. Elles s'appliquent qu'un connaissement ou autre document de transport ait ou non été émis.

12. De par leurs dispositions mêmes, les Règles de La Haye ne s'appliquent qu'aux connaissements créés dans un État contractant. Les Règles de La Haye-Visby s'appliquent à tout connaissement relatif à un transport de marchandises entre deux États différents quand le connaissement est émis dans un État contractant, le transport a lieu au départ d'un port d'un État contractant, où les parties ont convenu que la Convention s'appliquerait. Les Règles de La Haye et les Règles de La Haye-Visby ne s'appliquent pas lorsqu'un document de transport autre qu'un connaissement est émis pour le transport.

Durée de la responsabilité

13. Le régime impératif en matière de responsabilité institué par les Règles de Hambourg couvre la période allant du moment où le transporteur prend en charge les marchandises au port de chargement jusqu'au moment où il les livre au port de déchargement. Ainsi, le régime de Hambourg s'étend au-delà du transport effectif, dans la mesure où le transporteur a la garde des marchandises au port avant leur chargement ou après leur déchargement.

14. Le régime impératif en matière de responsabilité des Règles de La Haye et des Règles de La Haye-Visby couvre

[2] On trouvera des études plus détaillées de ces différences, notamment dans les publications suivantes : Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, "Incidences économiques et commerciales de l'entrée en vigueur des Règles de Hambourg et de la Convention sur le transport multimodal" (TD/B/C.4/315, première partie); Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, 1978 (Hambourg) : note du secrétariat (A/CN.9/306) (reproduite dans l'*Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international* : vol. XIX : 1988, deuxième partie, IV); document explicatif établi pour les juridictions du Commonwealth par H. M. Joko Smart en association avec le secrétariat du Commonwealth, *United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea 1978 (Hamburg Rules)*, 1989; et John O. Honnold, "*Ocean carriers and cargo; clarity and fairness — Hague or Hamburg?*", *Journal of Maritime Law and Commerce*, vol. 24, n° 1 (January 1993), p. 75 à 109.

la période allant du moment où les marchandises sont chargées sur le navire jusqu'au moment où elles sont déchargées du navire. Ainsi, la responsabilité du transporteur en vertu du régime de La Haye ne va pas au-delà des limites définies, même si les marchandises sont sous la garde du transporteur avant leur chargement sur le navire ou après leur déchargement.

"Faute nautique"

15. En vertu des Règles de La Haye et des Règles de La Haye-Visby, le transporteur est exonéré de sa responsabilité en cas de perte ou de dommage résultant d'un acte, même d'un acte de négligence, dans la navigation ou dans l'administration du navire. Les Règles de Hambourg, conformes en cela aux traités internationaux régissant d'autres modes de transport, n'exonèrent pas le transporteur en cas de négligence de cet ordre.

Limites pécuniaires de responsabilité

16. En vertu des Règles de Hambourg, la responsabilité du transporteur est limitée à une somme équivalant à 835 droits de tirage spéciaux (DTS) par unité de chargement ou à 2,5 DTS par kilogramme de poids brut des marchandises, la limite la plus élevée étant applicable.

17. Les Règles de La Haye et de La Haye-Visby spécifient les limites pécuniaires de la responsabilité en unités monétaires valeur or. Dans la pratique, toutefois, les limites de responsabilité divergent largement du fait des différentes méthodes de conversion de ces unités monétaires en monnaies nationales. Dans certains États, la valeur commerciale de l'or est utilisée comme norme de conversion, alors que d'autres normes sont utilisées ailleurs. Lorsque la valeur commerciale de l'or est utilisée, les limites de responsabilité sont considérablement plus élevées que les limites spécifiées dans les Règles de Hambourg.

18. Le Protocole de 1979 modifiant les Règles de La Haye-Visby fixe la limite à 666,67 DTS par unité de chargement ou 2 DTS par kilogramme de poids brut, la limite la plus élevée étant applicable.

Marchandises en pontée

19. En vertu du régime de La Haye, le transporteur n'est pas responsable des marchandises transportées en pontée ainsi déclarées dans le connaissement. Dans la pratique, la responsabilité du transporteur est laissée dans ce cas aux dispositions contractuelles qui, toutefois, ne sont pas soumises aux règles impératives d'un traité international.

20. Les Règles de Hambourg, tenant compte des techniques de transport modernes, qui font souvent intervenir le chargement des marchandises dans des conteneurs sur le pont, énoncent des règles appropriées pour les marchandises en pontée.

Retard

21. Les Règles de Hambourg énoncent des règles de responsabilité impératives en cas de retard dans la fourniture des marchandises. Les limites pécuniaires de cette responsabilité correspondent à deux fois et demie le frêt payable pour les marchandises ayant subi le retard. Les Règles de La Haye et de La Haye-Visby ne prévoient pas de règle de responsabilité en cas de retard.

Responsabilité du transporteur substitué

22. Les Règles de Hambourg, de même que les conventions internationales sur le transport de marchandises par voie aérienne et le transport par mer de passagers, régissent la responsabilité tant du "transporteur contractuel" (c'est-à-dire le transporteur avec lequel l'expéditeur a conclu un contrat de transport des marchandises), que du "transporteur substitué" (c'est-à-dire un transporteur que le transporteur contractuel engage pour effectuer le transport ou une partie du transport faisant l'objet du contrat avec l'expéditeur). Pour l'essentiel, les Règles de Hambourg rendent le transporteur contractuel responsable de l'ensemble du transport, y compris la partie effectuée par le transporteur substitué, tout en permettant au propriétaire de la cargaison de tenir également le transporteur substitué responsable pour la partie du transport qu'il a effectuée.

23. Les Règles de La Haye et les Règles de La Haye-Visby ne traitent pas de la responsabilité du transporteur substitué qui n'a pas émis de connaissement à l'intention de l'expéditeur. Cela signifie qu'en vertu du régime de La Haye, le transporteur contractuel a la possibilité d'inclure dans le connaissement une clause l'habilitant à sous-traiter une partie voire la totalité du transport et, dans le même temps, excluant sa responsabilité pour la partie du transport sous-traitée.

"Clause paramount"

24. En vertu des Règles de Hambourg, le document de transport doit contenir une mention selon laquelle le transport est soumis aux dispositions des Règles qui frappent de nullité toute stipulation y dérogeant au préjudice du chargeur ou du destinataire. En outre, il est prévu que le transporteur doit dédommager le demandeur ayant subi un préjudice du fait de l'omission de la mention requise. Les Règles de La Haye ou de La Haye-Visby ne comportent pas de disposition similaire.

Compétences et arbitrage

25. Les Règles de Hambourg comportent des dispositions impératives relatives à la compétence et à l'arbitrage, selon lesquelles le demandeur peut, à son choix, intenter une action devant un tribunal (ou engager une procédure d'arbitrage, s'il a été convenu de soumettre un litige à l'arbitrage) dans un des lieux suivants : l'établissement du défendeur; le lieu où le contrat de transport a été conclu, à condition que le défendeur y ait un établissement, une succursale ou une agence par l'intermédiaire duquel le contrat a été conclu; le port de chargement ou le port de déchargement; ou tout autre lieu convenu.

26. Les Règles de La Haye ou de La Haye-Visby ne comportent pas de règles sur la compétence ou l'arbitrage. De ce fait, les connaissements comportent souvent des clauses disposant que toute action sera intentée au lieu de l'établissement du transporteur. Comme de telles clauses peuvent être injustes pour le propriétaire du chargement, un certain nombre de lois nationales énoncent des restrictions impératives concernant ces clauses de compétences.

C. Quelques problèmes que pose la coexistence du régime de Hambourg et du régime de La Haye

27. Jusqu'à ce que le régime de responsabilité de La Haye soit remplacé par celui de Hambourg, on rencontrera des conflits de compétence et des problèmes pratiques, notamment pour les transports entre des États adhérant à des régimes différents.

28. Lorsque le transport est effectué d'un État partie aux Règles de La Haye ou aux Règles de La Haye-Visby vers un État partie aux Règles de Hambourg, le régime de responsabilité est fonction de l'endroit où l'action est intentée. Si elle est intentée dans l'État du port de chargement, le tribunal appliquera le régime de La Haye; si le document de transport comporte une clause disposant que les Règles de Hambourg sont applicables (voir ci-dessus par. 24), la validité de la clause sera fonction de l'adoption ou non par l'État intéressé des dispositions du régime de La Haye relatives au champ d'application en tant que règles impératives. Si l'action est intentée dans l'État du port de déchargement, les Règles de Hambourg s'appliqueront.

29. En cas de transport d'un État partie aux Règles de Hambourg vers un État partie aux Règles de La Haye ou de La Haye-Visby, le tribunal de l'État du port de chargement appliquera les Règles de Hambourg. Le tribunal de l'État du port de déchargement pourra appliquer les Règles de La Haye ou de La Haye-Visby si l'État a étendu l'applicabilité du régime de La Haye ou de La Haye-Visby aux marchandises arrivant dans le pays, ce que de nombreux États ont fait. Si les Règles de La Haye ou de La Haye-Visby n'ont pas été ainsi élargies, le tribunal du lieu du déchargement appliquera ses règles de conflit pour déterminer le régime applicable.

30. Le fait qu'un litige donné puisse relever de la compétence d'États différents appliquant des régimes différents présente plusieurs inconvénients. Par exemple, le demandeur peut choisir d'intenter l'action dans une juridiction particulière, afin d'obtenir que soit appliqué un régime juridique qu'il considérerait comme le plus favorable ou simplement afin d'empêcher l'autre partie d'intenter une action dans une autre juridiction moins favorable. Cette "recherche du for le plus avantageux" entraîne des pertes de temps et d'argent, peut avoir pour conséquence l'ouverture de procédures concurrentes qui aboutiront peut-être à des décisions incompatibles et peut en outre être source d'incertitudes quant à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales ou judiciaires.

31. En outre, diverses parties de la cargaison transportée sur un navire unique peuvent être soumises à des régimes de responsabilité différents, selon l'État dans lequel telle ou telle partie a été chargée ou déchargée, ou l'État où les documents faisant preuve des contrats de transport des différentes parties de la cargaison ont été émis. Ce mélange de régimes n'est pas souhaitable du point de vue de la bonne marche des affaires car il empêche par exemple l'utilisation d'une documentation de transport uniforme qui serait conforme au régime de responsabilité applicable.

32. De plus, dans le cas d'un navire affrété, l'armateur, qui en général ne sait pas à l'avance où l'affréteur utilisera le navire, ignore quand il pourra être tenu responsable en tant que transporteur substitué en vertu des Règles de Hambourg.

33. Enfin, on peut juger que, tout bien considéré, les utilisateurs de services de transport sont mieux protégés sur le plan de la responsabilité en vertu des Règles de Hambourg qu'en vertu du régime de La Haye. Ainsi, un État continuant d'être partie au régime de La Haye sera de plus en plus considéré comme préservant une situation dans laquelle les transporteurs dudit État offrent aux propriétaires de marchandises utilisant des ports de l'État un régime moins favorable que celui dont bénéficient les propriétaires de marchandises étrangers pouvant invoquer les Règles de Hambourg.

34. L'aptitude qu'ont les parties elles-mêmes à éviter ces conséquences en convenant que les Règles de Hambourg s'appliqueront est limitée. L'une de ces limitations tient au fait que les mutuelles de P et I (organismes mutuels d'assurance transport-responsabilité appartenant aux transporteurs), qui s'efforcent d'entraver l'adoption ou l'utilisation des Règles de Hambourg, ont déclaré que, si un transporteur adoptait volontairement les Règles de Hambourg pour un transport qui ne serait pas impérativement régi par ces Règles, il risquerait de ne plus être couvert par leur assurance. Un autre obstacle tient au fait que, pour certaines questions limitées, mais importantes d'un point de vue commercial, le régime de responsabilité de La Haye est plus favorable aux propriétaires des marchandises que les Règles de Hambourg. Comme le niveau minimum de responsabilité prescrit dans le régime de La Haye est impératif, on peut mettre en doute la validité de stipulations en faveur des Règles de Hambourg. Par exemple, les dispositions relatives à la responsabilité en cas d'incendie semblent, pour ce qui est de la charge de la preuve, plus favorables au propriétaire des marchandises dans les Règles de La Haye ou de La Haye-Visby que dans les Règles de Hambourg. Il en va de même pour les limites pécuniaires de la responsabilité qui, comme il est indiqué plus haut au paragraphe 17, sont inférieures dans les Règles de Hambourg par rapport aux Règles de La Haye et de La Haye-Visby dans les États où la valeur commerciale de l'or est utilisée comme norme de conversion des montants.

CONCLUSIONS

35. Les problèmes mentionnés ci-dessus disparaîtront graduellement au fur et à mesure que le régime de La Haye, disparate et à maints égards dépassé, sera remplacé par les Règles de Hambourg, plus modernes. Le rythme de ce remplacement est toutefois lent, dans une large mesure, semble-t-il, en raison des problèmes suivants.

36. Dans de nombreux États, y compris des États disposant de flottes marchandes importantes, l'opinion a été exprimée que, si les Règles de Hambourg constituent le régime optimal et le plus moderne, il faudrait toutefois retarder l'adhésion à ces Règles jusqu'à ce que certains autres États y aient adhéré. L'argument habituel est qu'il faudrait reporter toute mesure législative tant que les Règles de Hambourg n'auront pas été acceptées par certains États avec lesquels l'État en question entretient des relations commerciales maritimes étroites. Cette attitude constitue sans doute la principale ex-

plication de la lenteur avec laquelle les Règles de Hambourg sont acceptées.

37. Certains ont avancé que, puisque les transporteurs de certains pays s'opposent à l'adhésion aux Règles de Hambourg, il faudrait s'efforcer de les réviser. On notera toutefois qu'une révision aggraverait la disparité des lois en ajoutant un nouveau traité aux traités existants, sans garantie d'une meilleure uniformisation. On se rappellera que tous les groupes d'intérêts, de même qu'un nombre d'États véritablement représentatif du monde entier, ont participé au processus législatif qui a abouti aux Règles de Hambourg; durant ce processus, tous les arguments ont été pesés, des concessions et contre-concessions étudiées en détail ont été faites et les résultats des négociations ont rencontré une large approbation, comme noté ci-dessus au paragraphe 1. Vu ces circonstances, il semblerait peu sage de rouvrir des négociations.

38. Selon un autre avis, adressé à certains États parties aux Règles de La Haye ou aux Règles de La Haye-Visby, ces États voudront peut-être, en attendant que les Règles de Hambourg soient largement adoptées, ajouter à leur législation, afin de la moderniser, certaines dispositions fondées sur les Règles de Hambourg, dans la mesure où elles ne sont pas incompatibles avec les Règles de La Haye ou les Règles de La Haye-Visby. Comme il a été noté au paragraphe 8 ci-dessus, certains États ont effectivement adopté ou sont en train d'adopter des lois combinant les dispositions du régime de La Haye et celles des Règles de Hambourg. Cette approche pose un problème sérieux en ce sens qu'elle aggrave les disparités, au point que les transporteurs internationaux et leurs clients ne peuvent plus s'appuyer sur un traité international pour déterminer leurs droits et obligations. En outre, pour les États parties aux Règles de La Haye ou aux Règles de La Haye-Visby, on peut se demander si une disposition transposée des Règles de Hambourg dans le régime de La Haye serait ou non conforme aux obligations internationales découlant du régime de La Haye.

39. Les avis mentionnés ci-dessus sont parfois appuyés par de fortes campagnes de pression contre les Règles de Hambourg fondées sur des arguments inexacts, non prouvés ou exagérés.

40. Il semble que, pour accélérer le processus de modernisation et d'harmonisation des lois relatives au transport de marchandises par mer et surmonter les retards dus aux points de vues susmentionnés, une action concertée et décisive est nécessaire de la part des États. La Commission voudra peut-être étudier comment arriver à une telle action concertée.

X. FORMATION ET ASSISTANCE

Formation et assistance technique : note du Secrétariat (A/CN.9/400) [Original : anglais]

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes
INTRODUCTION	1-2
Chapitres	
I. SÉMINAIRES DE LA CNUDCI	3-6
II. AUTRES SÉMINAIRES, CONFÉRENCES, COURS ET ATELIERS	7
III. ASSISTANCE TECHNIQUE	8
IV. ACTIVITÉS FUTURES	9-12
A. Formation et assistance technique	9-11
B. Coordination de la formation et de l'assistance technique avec d'autres organisations	12
V. PROGRAMME DE STAGES	13
VI. ASPECTS FINANCIERS ET ADMINISTRATIFS	14-17
	Page
Annexe. Programme type de séminaire de la CNUDCI sur le droit commercial international	320

INTRODUCTION

1. Les activités de la Commission en matière de formation et d'assistance technique visent principalement à communiquer des informations concernant le droit commercial international aux juristes, aux fonctionnaires, aux milieux commerciaux et aux milieux d'affaires, aux juges, aux arbitres et aux spécialistes, dans les pays en développement en particulier. Dans ces activités, l'accent est mis particulièrement sur les textes juridiques découlant des travaux de la CNUDCI, mais des informations sont également fournies sur certains instruments d'autres organisations en rapport avec le droit commercial international. L'un des principaux moyens de faire connaître les travaux de la CNUDCI et les textes juridiques qui en découlent consiste à tenir des séminaires consacrés à ces textes juridiques. Dans le cadre de ces séminaires, ainsi que dans les autres activités de formation et d'assistance technique de la CNUDCI, la genèse et les principales caractéristiques des textes en question sont présentées. Ces séminaires offrent également l'occasion d'expliquer les avantages qu'il y a, du point de vue du commerce et des investissements, à adopter une législation commerciale fondée sur les Lois types élaborées au niveau international et à adhérer aux conventions qui ont été conçues en tenant compte des intérêts et des points de vue des États de toutes les régions, plutôt que de s'inspirer exclusivement, par exemple, de la législation interne d'un autre État pour se doter d'un régime juridique en matière de commerce international. Les activités d'assistance technique consistent notamment en consultations visant à aider les gouvernements à préparer des dispositions législatives fondées sur les Lois types de la CNUDCI, par exemple, à travers l'examen des avant-projets de loi au regard des Lois types de la CNUDCI et la formulation d'observations sur les rapports des commissions de révision des lois.

2. La présente note expose les activités que le Secrétariat a entreprises depuis la vingt-sixième session de la Commission, en 1993, et examine les activités futures possibles. Il y a lieu de relever d'emblée qu'au cours de l'année passée des demandes de formation et d'assistance technique ont été constamment présentées au secrétariat de la CNUDCI, en particulier par des pays en développement, des États nouvellement indépendants et des États en transition, et que ces demandes ont été de plus en plus nombreuses, du fait que ces pays sont amenés à réviser radicalement leur législation en matière de commerce international. Le Secrétariat n'a épargné aucun effort, durant cette période, pour faire face à la multiplication des demandes de formation et d'assistance technique, mais il n'a pu répondre que partiellement à ces demandes et aux besoins des pays en raison de ses ressources financières et humaines extrêmement limitées.

I. SÉMINAIRES DE LA CNUDCI

3. Comme indiqué ci-après, depuis la précédente session le Secrétariat a organisé des séminaires dans un certain nombre de pays. Ces séminaires ont été l'occasion de présenter des informations notamment sur les éléments de base et les dispositions essentielles des principaux textes juridiques uniformes internationaux dans les grands domaines du droit commercial international, notamment les conventions, les Lois types, les règles contractuelles et les guides juridiques de la CNUDCI, mais également sur les textes juridiques importants élaborés par d'autres institutions internationales qui contribuent à l'harmonisation du droit international (par exemple, les règles et usances uniformes relatives au crédits documentaires et les INCOTERMS, formulés les uns et les autres par la Chambre de commerce internationale, et les conventions sur l'affacturage international, le crédit-bail international et la représentation établies par l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT)). Les principaux domaines traités comprennent la vente internationale de marchandises, le transport international et l'entreposage de marchandises, la banque et les paiements internationaux, la passation des marchés et le règlement des différends au niveau international. (Des détails sur le genre de programme des séminaires de la CNUDCI sont présentés en annexe à la présente note, sous la forme de programme type de séminaire de trois jours.)

4. Les exposés présentés lors des séminaires de la CNUDCI sont généralement faits par un ou deux membres du Secrétariat, par des experts des pays hôtes et, le cas échéant, par des consultants externes qui ne sont pas rémunérés ou qui perçoivent, tout au plus, des honoraires symboliques. Des fonctionnaires appartenant notamment aux ministères intéressés, par exemple commerce, affaires étrangères, justice et transports, des juristes en exercice, des magistrats, des membres des organismes d'arbitrage, des personnes appartenant aux milieux commerciaux et aux milieux d'affaires et des universitaires participent aux séminaires. Après les séminaires, le secrétariat de la CNUDCI reste en contact étroit avec les participants afin de fournir aux pays hôtes le maximum d'appui possible pour le processus d'examen et d'élaboration des lois en rapport avec l'adoption et l'utilisation des textes juridiques de la CNUDCI.

5. Depuis la session précédente, les séminaires nationaux suivants ont été organisés :

a) *Mongolie (23-24 septembre 1993)*, en coopération avec le Gouvernement mongol; une trentaine de participants y ont pris part;

b) *Karachi (Pakistan) (29-30 septembre 1993)*, en coopération avec l'Institut de formation des autorités douanières et la Research Society for International Law; quelque 35 participants y ont pris part;

c) *Bishkek (Kirghizistan) (5-7 octobre 1993)*, en coopération avec le Gouvernement kirghize; une quinzaine de participants y ont pris part;

d) *Buenos Aires (Argentine) (20-21 octobre 1993)*, en coopération avec le Gouvernement argentin; quelque 130 participants y ont pris part;

e) *Rio de Janeiro (Brésil) (25-26 octobre 1993)*, en coopération avec l'Université Candido Mendes et PETROBRAS; à cette occasion, quelque 65 participants ont suivi des exposés sur les textes de la CNUDCI;

f) *Istanbul (Turquie) (25-27 avril 1994)*, en coopération avec l'Université de Marmara et l'Union des chambres de commerce de Turquie; une cinquantaine de participants y ont pris part.

6. Depuis la session précédente, un séminaire régional a été organisé à *Colombo (Sri Lanka) (13-16 septembre 1993)*; ce séminaire de la CNUDCI, d'une durée de quatre jours, s'est tenu dans le cadre de la conférence bisannuelle de l'Association juridique de l'Asie et du Pacifique (LAWASIA'93).

II. AUTRES SÉMINAIRES, CONFÉRENCES, COURS ET ATELIERS

7. Des membres du secrétariat de la CNUDCI ont fait des exposés lors des séminaires et cours suivants, où des textes juridiques de la CNUDCI ont été examinés et discutés :

Douzième cours de l'International Association of Law Libraries (Barcelone, 17-21 août 1993);

Réunion du Conseil de coopération technique du Pacifique sur l'harmonisation des instruments relatifs au droit commercial international (Singapour, 9-10 septembre 1993);

Première Conférence internationale sur l'arbitrage commercial en Croatie et Slovénie, parrainée par la Chambre de commerce croate (Zagreb, 8-10 décembre 1993);

Conférence sur les échanges commerciaux électroniques à l'échelle mondiale (législation et réglementation) parrainée par l'American Bar Association (New York, 17-18 janvier 1994);

Trente-troisième session du Comité consultatif juridique afro-asiatique (Tokyo, 17-21 janvier 1994);

Réunion sur l'échange de données informatisées, entreprises-banques, parrainée par le Forum du droit et des affaires (Paris, 26-27 janvier 1994);

Troisième Conférence juridique de l'Association de l'Asie du Sud pour la coopération régionale (SAARC) (New Delhi, 26-27 janvier 1994);

Réunion sur la révision et la modernisation des règles en matière de passation des marchés parrainée par le Centre régional d'arbitrage commercial international du Caire et l'International Law Institute de Washington, D.C. (Le Caire, 29-31 janvier 1994);

Conférence sur l'arbitrage international parrainée par EKIURIS Ltd. (Société d'études économiques et juridiques) (Moscou, 31 janvier-2 février 1994);

Réunion annuelle (1994) pour l'examen des mécanismes des lettres de crédit dans la loi et dans la pratique parrainée par l'Institute of International Banking Law and Practice, Letter of Credit UPDATE et le U.S. Council on International Banking (New York, 24-25 février 1994);

Séminaire national slovaque sur la passation des marchés, parrainé par SIGMA et par le Ministère slovaque des transports, des communications et des travaux publics (Bratislava, 2-3 février 1994);

Groupe de travail sur la facilitation des procédures du commerce international ONU/CEE (WP.4) (Genève, 14-18 mars 1994);

Colloque sur l'insolvabilité transnationale coparrainé par le secrétariat de la CNUDCI et INSOL International (Vienne, 17-19 avril 1994) (pour plus de détails, voir document A/CN.9/398);

Réunions d'information sur la législation des marchés publics, parrainées par le Groupe des marchés publics du Bureau du Conseil des ministres polonais (Varsovie, 26-27 avril 1994);

Colloque d'arbitres du Tribunal d'arbitrage international de Londres (Budapest, 29 avril-1er mai 1994).

III. ASSISTANCE TECHNIQUE

8. Le Secrétariat a continué à fournir une assistance technique aux États qui envisagent d'adhérer aux conventions formulées par la CNUDCI et qui préparent des dispositions législatives fondées sur les Lois types de la CNUDCI. A ce titre, il a été tenu des consultations avec des gouvernements sur les questions techniques soulevées par leur adhésion éventuelle à la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, à la Convention des Nations Unies sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises et à la Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer (1978). Il a également été tenu des consultations en vue de fournir une assistance technique et des informations à des États qui envisagent de suivre les Lois types de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, les virements internationaux, la passation des marchés et les contrats internationaux de construction. Le Secrétariat a répondu à un nombre considérable de demandes qui lui ont été adressées pour qu'il examine des projets de lois et formule des observations sur les rapports des commissions de révision des lois où il était fait référence à des textes juridiques de la CNUDCI, ainsi qu'à des demandes d'information en vue de l'établissement de centres d'arbitrage qui appliquent le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

IV. ACTIVITÉS FUTURES

A. Formation et assistance technique

9. Le Secrétariat veut intensifier encore ses efforts pour organiser ou coparrainer des séminaires et des colloques sur le droit commercial international destinés, en particulier, aux pays en développement et aux États nouvellement indépendants. D'ici la fin de 1994, il est prévu des séminaires et des missions de conseil juridique en Afrique, en Amérique latine, en Europe orientale et en Asie. Il peut être demandé au Secrétariat d'assurer des missions de cette nature par exemple lorsque un pays en développement ou un État nouvellement indépendant cherche à déterminer comment tirer profit des textes juridiques de la CNUDCI pour réviser ses lois. Il convient de souligner que la capacité du Secrétariat à cet égard dépend des ressources mises à sa disposition sous forme de contributions au Fonds d'affectation spéciale de la CNUDCI.

10. Le Secrétariat a accepté de coparrainer le cours d'études supérieures de droit commercial international de trois mois qui sera organisé à Turin en 1994 par l'Institut d'études européennes de l'Université de Turin et le Centre international de formation de l'Organisation internationale du Travail. En 1994, ce cours, qui sera dispensé pour la quatrième fois, devrait réunir 20 participants venant d'Italie et 26 participants d'autres pays, dont 16 pays en développement. Le cours porte sur l'harmonisation du droit commercial international et sur différentes questions inscrites au programme de travail de la Commission.

11. Un cours de deux jours sur la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international doit se tenir à New York les 25 et 26 mai 1994. Ce cours est organisé par l'Union internationale des avocats et parrainé par l'American Bar Association, l'Association of the Bar of the City of New York et la New York Country Lawyers Association; il se tiendra à la faculté de droit de l'Université Fordham.

B. Coordination de la formation et de l'assistance technique avec d'autres organisations

12. Il est à noter qu'à sa quarante-huitième session, l'Assemblée générale a demandé au Programme des Nations Unies pour le développement et aux autres organismes des Nations Unies qui s'occupent d'aide au développement d'appuyer le programme de formation et d'assistance technique de la Commission, de coopérer avec celle-ci et de coordonner leurs activités avec celles de la Commission. Le Secrétariat se propose d'étudier les mesures à prendre concrètement pour assurer cette coopération et cette coordination. Puisque l'importance d'une adaptation des législations comme partie intégrante de l'aide au développement, de la coopération et de la coordination, en particulier avec les organismes des Nations Unies semble apparaître plus nettement aujourd'hui, il est indispensable de fournir aux États des informations appropriées sur les textes juridiques formulés par la CNUDCI lorsque ceux-ci reçoivent une assistance de ces organismes afin de réviser leurs lois.

V. PROGRAMME DE STAGES

13. Le programme de stages est destiné à permettre à des personnes venant d'obtenir un diplôme de droit de faire un stage dans le Service du droit commercial international du Bureau des affaires juridiques, qui assure le secrétariat de la Commission. Ces stagiaires se voient confier des tâches spécifiques en rapport avec des projets sur lesquels travaille le Secrétariat. Les participants au programme peuvent ainsi se familiariser avec les travaux de la CNUDCI et se perfectionner dans des domaines spécifiques du droit commercial international. En outre, le Secrétariat accueille à l'occasion des spécialistes et des juristes pour leur permettre de faire des travaux de recherche, dans le cadre du Service et à la Bibliothèque de droit de la CNUDCI, pendant une durée limitée. Le Secrétariat ne dispose malheureusement pas de

fonds pour aider les stagiaires à payer leur voyage et à faire face à leurs autres frais. Ces stagiaires bénéficient souvent d'une aide d'une organisation, d'une université ou d'un organisme public, sinon, ils assument eux-mêmes leurs propres dépenses. L'année dernière, le Secrétariat a accueilli quatre stagiaires qui venaient d'Allemagne, d'Australie et de Chine.

VI. ASPECTS FINANCIERS ET ADMINISTRATIFS

14. Ces dernières années en particulier, le Secrétariat s'est efforcé de mettre au point un programme de formation et d'assistance technique plus complet. Ce faisant, il espère répondre aux demandes de formation et d'assistance beaucoup plus importantes formulées par les États et donner suite à l'appel lancé par la Commission à sa vingtième session (1987) pour que les activités de formation et d'assistance et la promotion des textes juridiques préparés par la Commission[1] soient privilégiées. Il a été reconnu que l'organisation de séminaires et de colloques dans les pays en développement aiderait à mieux faire connaître des instruments universellement acceptés en matière de droit commercial international qui présentaient l'avantage d'éliminer les obstacles au commerce international causés par les disparités et les lacunes des législations nationales. La nécessité d'obtenir de la CNUDCI une formation et une assistance technique accrues a été renforcée, ces dernières années, par l'apparition d'un grand nombre de pays en cours de transition, c'est-à-dire qui traversent un processus dans lequel la révision de la législation relative au commerce international est importante. En outre, la nécessité de développer les activités de formation et d'assistance centrées sur les textes juridiques établis par la CNUDCI a été particulièrement soulignée par les participants au Congrès de la CNUDCI sur le droit commercial international qui s'est tenu dans le cadre de la vingt-cinquième session de la Commission (1992).

15. Ainsi qu'il a été noté ci-dessus et dans les notes similaires présentées les années passées, pour assurer le programme de formation et d'assistance, et en particulier la tenue de séminaires, il faut continuer à disposer de ressources financières suffisantes. Or, il n'est pas prévu au budget ordinaire de crédits pour couvrir les frais de voyage des participants et des conférenciers. Les dépenses correspondantes doivent donc être financées à l'aide des contributions volontaires au Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la CNUDCI. Les contributions versées au Fonds sur plusieurs années offrent un intérêt particulier en ce sens qu'elles permettent au Secrétariat d'organiser et de financer le programme sans avoir à solliciter des donateurs potentiels pour chaque activité. Des contributions de cette nature ont été effectuées par le Canada. Des contributions de la France et de la Suisse ont été en outre utilisées pour le programme de séminaires. La Commission voudra peut-être exprimer sa gratitude aux États et aux organisations qui contribuent au programme de formation et d'assistance de la Commission par des apports de fonds ou de personnel, ou en accueillant des séminaires.

[1] Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingtième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/42/17), par. 335.

16. La planification et l'organisation des activités de formation et d'assistance technique de la CNUDCI sont entravées du fait qu'aucun autre État n'a versé de contributions, que certains contribuants ont réduit le niveau de leurs versements et que d'autres États ont cessé de contribuer ou ont fait savoir au Secrétariat qu'ils cesseraient de le faire à l'avenir. Il faut souligner qu'il est pourtant assez peu coûteux d'assurer une formation et une assistance technique efficaces dans le domaine du droit commercial international et de diffuser des informations au sujet des textes juridiques établis par la Commission; mais si les ressources correspondantes font défaut, les dépenses relativement importantes engagées par l'Organisation et par ses États Membres pour préparer les textes juridiques en question risquent de ne pas conduire à l'unification et à l'harmonisation du droit commercial international initialement recherchées.

17. Compte tenu de ce qui précède, la Commission voudra peut-être lancer encore un appel à tous les États pour qu'ils envisagent de contribuer au Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la CNUDCI afin de permettre au Secrétariat de donner suite aux demandes de formation et d'assistance de plus en plus importantes présentées par les pays en développement et les États nouvellement indépendants. La Commission voudra peut-être aussi lancer un appel aux organismes d'assistance, notamment ceux qui relèvent du système des Nations Unies, pour qu'ils assurent un appui, une coopération et une coordination accrus.

Annexe

PROGRAMME TYPE DE SÉMINAIRE DE LA CNUDCI SUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL

Premier jour

9 heures à 10 heures	Inscription des participants

Ouverture du séminaire

10 heures à 10 h 30	Ouverture de la session et déclaration liminaire
10 h 30 à 11 h 15	Rappel de la genèse et des activités de la CNUDCI
11 h 15 à 11 h 45	Pause
11 h 45 à 12 h 30	Principales caractéristiques de la Convention des Nations Unies sur les ventes
12 h 30 à 13 heures	Commentaires des experts du pays hôte et discussion
13 heures à 14 h 30	Déjeuner
14 h 30 à 15 heures	Guide juridique de la CNUDCI pour les opérations internationales d'échanges compensés
15 heures à 15 h 30	Commentaires des experts du pays hôte et discussion
15 h 30 à 15 h 45	Pause
15 h 45 à 16 h 45	Autres conventions et règles uniformes concernant la vente internationale de marchandises (par exemple, Convention sur la prescription (CNUDCI), conventions relatives à la représentation, à l'affacturage et au leasing (UNIDROIT), Convention sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises (Conférence de La Haye de droit international privé), INCOTERMES (CCI))
17 h 15 à 18 heures	Commentaires des experts du pays hôte et discussion

Deuxième jour

Contrats de construction

10 heures à 10 h 45	Guide juridique de la CNUDCI pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles
10 h 45 à 11 h 30	Commentaires des experts du pays hôte et discussion
11 h 30 à 12 heures	Pause

Passation des marchés publics

12 heures à 12 h 30	Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés; Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type
12 h 30 à 13 heures	Commentaires des experts du pays hôte et discussion
13 heures à 14 h 30	Déjeuner

Banque et paiements

14 h 30 à 15 heures	Principales caractéristiques de la Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux
15 heures à 15 h 30	Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux
15 h 30 à 16 heures	Commentaires des experts du pays hôte et discussion
16 heures à 16 h 30	Pause
16 h 30 à 17 h 15	Autres textes juridiques en matière de paiements internationaux et de banque (par exemple, règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires et règles uniformes relatives aux garanties sur demande (CCI), projet de convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by)
17 h 15 à 18 heures	Commentaires des experts du pays hôte et discussion

Troisième jour

Transport de marchandises

10 heures à 11 heures	De La Haye à Hambourg (comparaison des Règles de La Haye et des Règles de Hambourg)
11 heures à 11 h 30	Commentaires des experts du pays hôte et discussion
11 h 30 à 12 heures	Pause
12 heures à 12 h 30	Principales caractéristiques de la Convention sur les exploitants de terminaux
12 h 30 à 13 heures	Commentaires des experts du pays hôte et discussion
13 heures à 14 h 30	Déjeuner

Règlement des différends commerciaux

14 h 30 à 15 heures	Règlement d'arbitrage et Règlement de conciliation de la CNUDCI
15 heures à 15 h 45	Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage; Convention de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères
15 h 45 à 16 h 15	Mesures concrètes visant à développer l'arbitrage dans le pays hôte
16 h 15 à 16 h 45	Commentaires des experts du pays hôte et discussion
16 h 45 à 17 heures	Pause

Conclusions

17 heures à 17 h 45	Conclusions des experts du pays hôte et débat général
17 h 45 à 18 heures	Clôture du séminaire

I. LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA PASSATION DES MARCHÉS DE BIENS, DE TRAVAUX ET DE SERVICES*

PRÉAMBULE

CONSIDÉRANT qu'il est souhaitable de réglementer la passation des marchés de biens, de travaux et de services 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 des biens, l'exécution des travaux ou la fourniture des services devant faire l'objet de marchés;

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*

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) A 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.

Article 2. *Définitions*

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;

b) Les mots "entité adjudicatrice" désignent :

i) *Option I pour l'alinéa 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 pour l'alinéa i

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) 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 celle des biens eux-mêmes; (l'État adoptant la Loi type pourra inclure des catégories supplémentaires de biens)

d) 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 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;

e) 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)

f) Les mots "fournisseur ou entrepreneur" désignent, selon le contexte, tout cocontractant potentiel ou le cocontractant de l'entité adjudicatrice;

g) 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;

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 1 *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;

i) Le mot "monnaie" englobe les unités de compte monétaires.

*La Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services a été adoptée par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) à sa vingt-septième session, sans pour autant remplacer la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux adoptée par la Commission à sa vingt-sixième session. Le présent texte composite comprend les dispositions figurant dans la Loi type sur la passation des marchés de biens et de travaux et des dispositions relatives à la passation des marchés publics de services. La Commission a aussi publié un Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services (A/CN.9/403).

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

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*

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.

Article 5. *Accès du public à la réglementation des marchés*

Le texte de la présente Loi, des règlements en matière de passation des marchés et de toutes les décisions et directives administratives d'application générale relatives à la passation des marchés régis par la présente Loi, ainsi que toutes les modifications audit texte, est promptement mis à la disposition du public et systématiquement tenu à jour.

Article 6. *Qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs*

1. *a)* 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;

b) Pour être admis à participer à une procédure de passation de marché, 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, 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 dans la documentation de présélection, le cas échéant, et dans le dossier de sollicitation ou tout autre document sollicitant des propositions ou des prix.

5. Sous réserve des dispositions des articles 8-1, 34-4 *d* et 39-2, 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.

6. *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 être disqualifié s'il ne remédie pas promptement à ces erreurs ou omissions sur la demande de l'entité adjudicatrice.

Article 7. *Procédure de présélection*

1. L'entité adjudicatrice peut ouvrir une procédure de présélection en vue d'identifier, avant la soumission des offres ou des propositions dans le cadre des procédures de passation de marché menées conformément aux chapitres III, IV ou V, les fournisseurs ou entrepreneurs qui sont qualifiés. Les dispositions de l'article 6 s'appliquent à la procédure de présélection.

2. Si l'entité adjudicatrice ouvre une procédure de présélection, elle fournit un exemplaire de la documentation de présélection à chaque fournisseur ou entrepreneur qui en fait la demande conformément à l'invitation à présenter une demande de présélection et qui, le cas échéant, en acquitte le prix. Le prix que l'entité adjudicatrice peut demander pour la documentation de présélection ne doit refléter que le coût de l'impression de ladite documentation et de sa distribution aux fournisseurs ou entrepreneurs.

3. La documentation de présélection comporte, au minimum :

a) Les renseignements suivants :

i) Des instructions pour l'établissement et la soumission des demandes de présélection;

ii) Une récapitulation des principales conditions du marché qui sera conclu à l'issue de la procédure de passation de marché;

iii) Les pièces ou autres informations exigées des fournisseurs ou entrepreneurs pour justifier de leurs qualifications;

iv) Le mode et le lieu de soumission des demandes de présélection ainsi que le délai de soumission, consistant en une date et heure précises et laissant suffisamment de temps aux fournisseurs ou entrepreneurs pour préparer et soumettre leurs demandes, compte tenu des besoins raisonnables de l'entité adjudicatrice;

v) Toutes autres conditions pouvant être énoncées par l'entité adjudicatrice conformément à la présente Loi et aux dispositions des règlements en matière de passation des marchés relatives à la préparation et à la soumission des demandes de présélection et à la procédure de présélection; et

b) i) Dans la procédure visée au chapitre III, les renseignements devant figurer dans l'invitation à soumettre une offre conformément à l'article 25-1, alinéas *a* à *e*, *h* et *f*, si les renseignements spécifiés dans ce dernier alinéa sont déjà connus;

ii) Dans la procédure visée au chapitre IV, les renseignements spécifiés à l'article 38, alinéas *a* et *c*, et *g*, *p* et *s*, si les renseignements spécifiés dans ces derniers alinéas sont déjà connus.

4. L'entité adjudicatrice répond à toute demande d'éclaircissements relative à la documentation de présélection qu'elle reçoit d'un fournisseur ou entrepreneur dans un délai raisonnable avant la date limite de soumission des demandes de présélection. La réponse de l'entité adjudicatrice est donnée dans un délai raisonnable afin de permettre au fournisseur ou entrepreneur de soumettre à temps sa demande de présélection. La réponse à toute demande dont on peut raisonnablement supposer qu'elle intéresse les autres fournisseurs ou entrepreneurs est communiquée, sans indication de l'origine de la demande, à tous les fournisseurs ou entrepreneurs auxquels l'entité adjudicatrice a envoyé la documentation de présélection.

5. L'entité adjudicatrice prend une décision sur les qualifications de chaque fournisseur ou entrepreneur ayant soumis une demande de présélection. Pour prendre cette décision, elle n'applique que les critères énoncés dans la documentation de présélection.

6. L'entité adjudicatrice fait promptement savoir à chaque fournisseur ou entrepreneur ayant soumis une demande de présélection s'il a ou non été présélectionné et communique à toute personne qui en fait la demande le nom de tous les fournisseurs ou entrepreneurs présélectionnés. Seuls les fournisseurs ou entrepreneurs présélectionnés sont habilités à participer à la suite de la procédure de passation de marché.

7. L'entité adjudicatrice communique sur leur demande, aux fournisseurs ou entrepreneurs qui n'ont pas été présélectionnés, le motif de ce rejet, mais elle n'est pas tenue d'indiquer les preuves retenues ni de donner les raisons qui l'ont amenée à conclure qu'il y avait motif à rejet.

8. L'entité adjudicatrice peut exiger qu'un fournisseur ou entrepreneur présélectionné confirme ses qualifications conformément aux critères utilisés pour la présélection dudit fournisseur ou entrepreneur. Elle disqualifie tout fournisseur ou entrepreneur qui ne confirme pas ses qualifications alors qu'il en a été prié. Elle fait promptement savoir à chaque fournisseur ou entrepreneur prié de confirmer ses qualifications si elle juge satisfaisantes les justifications qu'il a produites.

Article 8. *Participation des fournisseurs ou entrepreneurs*

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 9. *Forme des communications*

1. Sous réserve d'autres dispositions de la présente Loi et de toute condition de forme spécifiée par l'entité adjudicatrice lorsqu'elle sollicite pour la première fois la participation de fournisseurs ou entrepreneurs à une procédure de passation de marché, les documents, notifications, décisions et autres communications visés dans la présente Loi qui doivent être soumis par l'entité adjudicatrice ou l'autorité administrative à un fournisseur ou entrepreneur ou par un fournisseur ou entrepreneur à l'entité adjudicatrice sont présentés sous une forme qui atteste leur teneur.

2. Les communications entre les fournisseurs ou entrepreneurs et l'entité adjudicatrice visées aux articles 7-4 et 7-6, 12-3, 31-2 *a*, 32-1 *d*, 34-1, 36-1, 37-3, 44 *b* à *f* et 47-1 peuvent être faites par un moyen n'attestant pas leur teneur, sous réserve que, immédiatement après, confirmation de la communication soit donnée au destinataire sous une forme attestant la teneur de ladite confirmation.

3. L'entité adjudicatrice ne fait pas de discrimination à l'encontre de fournisseurs ou entrepreneurs en raison de la forme sous laquelle ils communiquent ou reçoivent les documents, notifications, décisions ou autres communications.

Article 10. *Règles concernant les pièces produites par les fournisseurs ou entrepreneurs*

Si l'entité adjudicatrice exige que les pièces produites par les fournisseurs ou entrepreneurs pour justifier de leurs qualifications dans le cadre de la procédure de passation de marché soient authentifiées, 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.

Article 11. *Procès-verbal de la procédure de passation des marchés*

1. L'entité adjudicatrice dresse un procès-verbal de la procédure de passation du marché où figurent, au minimum, les éléments d'information suivants :

a) Une brève description des biens, travaux ou services requis, ou des besoins pour lesquels l'entité adjudicatrice sollicite des propositions;

b) Le nom et l'adresse des fournisseurs ou entrepreneurs ayant soumis des offres, des propositions ou des prix, et le nom et l'adresse du fournisseur ou entrepreneur avec lequel le marché est conclu et le prix du marché;

c) Des renseignements relatifs aux qualifications, ou à l'insuffisance des qualifications, des fournisseurs ou entrepreneurs qui ont soumis des offres, des propositions ou des prix;

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;

e) Un résumé de l'évaluation et de la comparaison des offres, des propositions ou des prix, y compris l'application de toute marge de préférence conformément aux articles 34-4 *d* et 39-2;

f) Si toutes les offres ou propositions, ou tous les prix, ont été rejetés en application de l'article 12, une déclaration motivée à cet effet, conformément à l'article 12-1;

g) 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;

h) Les éléments d'information requis par l'article 15, si une offre, une proposition ou un prix a été rejeté en application de cette disposition;

i) Dans une procédure de passation de marché impliquant le recours à une méthode de passation de marché conformément au paragraphe 2 ou aux alinéas *a* ou *b* du paragraphe 3 de l'article 18, l'exposé, requis en application de l'article 18-4, des motifs et des circonstances sur lesquels l'entité adjudicatrice s'est fondée pour justifier le choix de la méthode de passation de marché utilisée;

j) 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;

k) Dans une procédure de passation de marché de services comprenant la sollicitation directe de propositions conformément à l'article 37-3, un exposé des motifs et des circonstances sur lesquels l'entité adjudicatrice s'est fondée pour justifier la sollicitation directe;

l) Dans une procédure de passation de marché où l'entité adjudicatrice, conformément à l'article 8-1, 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;

m) Un résumé des demandes d'éclaircissements concernant la documentation de présélection ou le dossier de sollicitation, les réponses à ces demandes, ainsi qu'un résumé de toute modification de la documentation de présélection ou du dossier de sollicitation.

2. Sous réserve des dispositions de l'article 33-3, 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 offre, une proposition ou un prix, selon le cas, a été accepté ou après que la procédure de passation de marché a pris fin sans aboutir à la conclusion d'un marché.

3. Sous réserve des dispositions de l'article 33-3, la partie du procès-verbal visée aux alinéas *c* à *g* et *m* du paragraphe 1 du présent article est communiquée, à leur demande, aux fournisseurs ou entrepreneurs qui ont soumis des offres, des propositions ou des prix, ou qui ont présenté une demande de présélection, après qu'une offre, une proposition ou un prix a été accepté 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 *c* à *e* et *m* soit faite plus tôt. Toutefois, 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, l'évaluation et la comparaison des offres, des propositions ou des prix, ainsi qu'au montant des offres, des propositions ou des prix, à l'exception du résumé visé à l'alinéa *e* du paragraphe 1.

4. L'entité adjudicatrice n'est pas tenue de verser des dommages-intérêts aux fournisseurs ou 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.

Article 12. *Rejet de toutes les offres ou propositions, ou de tous les prix*

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 les documents sollicitant des propositions ou des prix le spécifient, l'entité adjudicatrice peut rejeter toutes les offres ou propositions, ou tous les prix à tout moment avant l'acceptation d'une offre ou d'une proposition, ou d'un prix. L'entité adjudicatrice communique à tout fournisseur ou entrepreneur ayant soumis une offre ou une proposition, ou un prix, qui en fait la demande, les motifs du rejet de toutes les offres ou propositions, ou de tous les prix, mais elle n'est pas tenue de justifier ces motifs.

2. L'entité adjudicatrice n'encourt aucune responsabilité envers les fournisseurs ou entrepreneurs ayant soumis des offres ou des propositions, ou des prix du simple fait qu'elle invoque le paragraphe 1 du présent article.

3. Un avis de rejet de toutes les offres ou propositions, ou de tous les prix est promptement communiqué à tous les fournisseurs ou entrepreneurs ayant soumis des offres ou propositions, ou des prix.

Article 13. *Entrée en vigueur du marché*

1. Dans la procédure d'appel d'offres, l'acceptation de l'offre et l'entrée en vigueur du marché s'effectuent conformément à l'article 36.

2. Dans toutes les autres méthodes de passation de marché, le mode d'entrée en vigueur du marché est notifié aux fournisseurs ou entrepreneurs au moment de la sollicitation de propositions ou de prix.

Article 14. *Publication des avis d'attribution de marché*

1. L'entité adjudicatrice publie promptement les avis d'attribution de marché.

2. Les règlements en matière de passation des marchés peuvent indiquer les modalités de publication des avis visés au paragraphe 1.

3. Le paragraphe 1 n'est pas applicable aux marchés dont la valeur est inférieure à [...].

Article 15. *Incitations proposées par des fournisseurs ou entrepreneurs*

(Sous réserve d'approbation par ... (l'État adoptant la Loi type spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation),) 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, 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. Le rejet de l'offre, de la proposition ou du prix et ses motifs sont consignés dans le procès-verbal de la procédure de passation de marché et promptement communiqués au fournisseur ou entrepreneur.

Article 16. *Règles concernant la description des biens, des travaux ou des services*

1. L'entité adjudicatrice ne doit inclure ni utiliser, dans la documentation de présélection, le dossier de sollicitation ou les documents sollicitant des propositions ou des prix, des spécifications, plans, dessins et modèles décrivant les caractéristiques techniques ou les normes de qualité des biens, des travaux ou des services, requis, des conditions relatives aux essais et méthodes d'essai, à l'emballage, au marquage ou à l'étiquetage, ou aux certificats de conformité, ni des symboles, des termes ou une description des services, qui créent 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. Dans la mesure du possible, les spécifications, plans, dessins, modèles et conditions ou descriptions des services sont fondés sur les caractéristiques techniques objectives et normes de qualité pertinentes des biens, des travaux ou des services requis. Ils ne stipulent ni ne mentionnent de marque commerciale, appellation, brevet, conception, type, origine ou producteur particuliers, à moins qu'il n'y ait aucun autre moyen suffisamment précis ou intelligible de décrire les caractéristiques des biens, des travaux ou des services requis et à condition que soient inclus des mots tels que "ou l'équivalent".

3. *a)* Pour la formulation des spécifications, plans, dessins et modèles, la documentation de présélection, le dossier de sollicitation ou les documents sollicitant des propositions ou des prix utilisent, lorsqu'ils existent, des expressions, conditions, symboles et termes normalisés relatifs aux caractéristiques techniques et normes de qualité des biens, des travaux ou des services requis;

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 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, du dossier de sollicitation, ou des autres documents sollicitant des propositions ou des prix.

Article 17. *Langue*

La documentation de présélection, le dossier de sollicitation et les documents sollicitant des propositions ou des prix 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 :

a) La participation à la procédure de passation de marché est limitée aux fournisseurs ou entrepreneurs nationaux en application de l'article 8-1; ou

b) L'entité adjudicatrice estime, au vu de la faible valeur des biens, des travaux ou des services requis, que seuls des fournisseurs ou entrepreneurs nationaux sont susceptibles d'être intéressés par le marché).

CHAPITRE II. MÉTHODES DE PASSATION DES MARCHÉS ET CONDITIONS D'UTILISATION DE CES MÉTHODES

Article 18. *Méthodes de passation des marchés**

1. Sauf disposition contraire du présent chapitre, une entité adjudicatrice désireuse de passer un marché de biens ou de travaux recourt à la procédure de l'appel d'offres.

2. Pour la passation d'un marché de biens ou de travaux, l'entité adjudicatrice ne peut utiliser une méthode de passation des marchés autre que l'appel d'offres qu'en application des articles 19, 20, 21 ou 22.

3. Pour la passation d'un marché de services, l'entité adjudicatrice recourt aux procédures énoncées au chapitre IV, sauf si elle considère :

a) Qu'il est possible de formuler des spécifications détaillées et qu'une procédure d'appel d'offres serait plus appropriée compte tenu de la nature des services à acquérir; ou

b) Qu'il serait plus approprié (,sous réserve d'approbation par ... (l'État adoptant la Loi type spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation),) d'utiliser une des méthodes de passation des marchés visées aux articles 19 à 22, pour autant que les conditions à remplir pour l'utilisation de cette méthode soient satisfaites.

4. Si l'entité adjudicatrice utilise une méthode de passation des marchés en application du paragraphe 2 ou des alinéas *a* ou *b* du paragraphe 3, elle inclut dans le procès-verbal prévu à l'article 11 un exposé des motifs et circonstances sur lesquels elle s'est fondée pour justifier le recours à cette méthode.

Article 19. *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*

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 conformément à l'article 46, à la sollicitation de propositions conformément à l'article 48 ou à la négociation avec appel à la concurrence conformément à l'article 49, dans les circonstances suivantes :

a) L'entité adjudicatrice est dans l'impossibilité de formuler des spécifications détaillées pour les biens ou les travaux, ou, dans le cas des services, de définir les caractéristiques qu'ils doivent posséder 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; ou,

ii) En raison du caractère technique des biens ou des travaux, ou de la nature des services, 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 de biens dans des quantités suffisantes pour assurer leur viabilité commerciale ou amortir les frais de recherche-développement;

c) L'entité adjudicatrice applique la présente Loi, conformément au paragraphe 3 de l'article premier, à la passation des mar-

*Les États pourront choisir de ne pas incorporer toutes ces méthodes dans leur législation nationale. Sur cette question, voir le Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services (A/CN.9/403).

chés 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

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 12, 15 ou 34-3, et juge improbable qu'une nouvelle procédure d'appel d'offres aboutisse à la conclusion d'un marché.

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) 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.

Article 20. *Conditions d'utilisation de l'appel d'offres restreint*

(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 à l'article 47, lorsque :

a) Les biens, les travaux ou les services, de par leur nature extrêmement complexe ou spécialisée, ne sont disponibles qu'auprès d'un nombre 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 des biens, des travaux ou des services requis.

Article 21. *Conditions d'utilisation de la procédure de sollicitation de prix*

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 à l'article 50 pour se procurer des biens ou des services immédiatement disponibles qui ne sont pas produits ou fournis spécialement pour répondre à ses spécifications 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.

Article 22. *Conditions d'utilisation de la procédure de sollicitation d'une source unique*

1. (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 conformément à l'article 51 dans les cas suivants :

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, et il n'existe aucune solution de remplacement raisonnable;

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;

d) 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;

e) 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; ou

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.

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.

CHAPITRE III. PROCÉDURE D'APPEL D'OFFRES

Section I. Sollicitation d'offres et de demandes de présélection

Article 23. *Appel d'offres national*

Dans une procédure de passation de marché,

a) Lorsque la participation est limitée aux fournisseurs ou entrepreneurs nationaux conformément à l'article 8-1, ou

b) Lorsque, en raison de la faible valeur des biens, des travaux ou des services requis, elle juge que seuls des fournisseurs ou entrepreneurs nationaux sont susceptibles de souhaiter soumettre des offres,

l'entité adjudicatrice n'est pas tenue de recourir aux procédures prévues aux articles 24-2, 25-1 *h*, 25-1 *i*, 25-2 *c*, 25-2 *d*, 27 *j*, 27 *k*, 27 *s* et 32-1 *c* de la présente Loi.

Article 24. *Procédures de sollicitation des offres ou des demandes de présélection*

1. L'entité adjudicatrice sollicite des offres ou, le cas échéant, des demandes de présélection en faisant publier une invitation à soumettre une offre ou une invitation à présenter une demande de présélection, selon le cas, dans ... (l'État adoptant la Loi type spécifie le journal officiel ou autre publication officielle dans lequel l'invitation à soumettre une offre ou à présenter une demande de présélection doit être publiée).

2. L'invitation à soumettre une offre ou 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 ou professionnelle de grande diffusion internationale.

Article 25. *Teneur de l'invitation à soumettre une offre et de l'invitation à présenter une demande de présélection*

1. L'invitation à soumettre une offre comporte, au minimum, les renseignements suivants :

a) Le nom et l'adresse de l'entité adjudicatrice;

b) La nature, la quantité et le lieu de livraison des biens à fournir, la nature et l'emplacement des travaux à effectuer, ou la nature des services et le lieu où ils doivent être fournis;

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;

d) Les critères et procédures qui seront utilisés pour évaluer les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs, conformément à l'article 6-1 *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 8-1, 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.

2. L'invitation à présenter une demande de présélection comporte, au minimum, les renseignements visés au paragraphe 1 ci-dessus, alinéas *a* à *e*, *g*, *h* et *j*, si les renseignements demandés dans ce dernier alinéa sont déjà connus, ainsi que les renseignements suivants :

a) Les modalités d'obtention de la documentation de présélection et le lieu où elle peut être obtenue;

b) Le prix demandé, le cas échéant, par l'entité adjudicatrice pour la fourniture de la documentation de présélection;

c) La monnaie et les modalités de paiement de la documentation de présélection;

d) La ou les langues dans lesquelles la documentation de présélection est disponible;

e) Le lieu et la date limite de soumission des demandes de présélection.

Article 26. *Communication du dossier de sollicitation*

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 l'impression du dossier et de sa distribution aux fournisseurs ou entrepreneurs.

Article 27. *Teneur du dossier de sollicitation*

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 6, relatifs à l'évaluation des qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs et à la confirmation des qualifications en application de l'article 34-6;

c) Les pièces ou autres éléments d'information exigés des fournisseurs ou entrepreneurs pour justifier de leurs qualifications;

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;

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 prix à utiliser conformément à l'article 34-4 *b*, *c* ou *d* et leur coefficient de pondération;

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 des biens, des travaux ou des services, 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 des biens, des travaux ou des services requis, 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 des biens, des travaux ou des services, 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, 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;

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 33;

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 34-5, 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, 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;

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 12, 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 36 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.

Article 28. *Clarification et modification du dossier de sollicitation*

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. A 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*

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*

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 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)* Sous réserve de l'alinéa *b*, les offres sont soumises par écrit, sont signées, et sont placées dans une enveloppe scellée;

b) Sans préjudice du droit des fournisseurs ou entrepreneurs de soumettre leurs offres sous la forme visée à l'alinéa *a*, les offres peuvent également être soumises sous toute autre forme, spécifiée dans le dossier de sollicitation, qui en atteste la teneur et qui assure au moins un degré similaire d'authenticité, de sécurité et de confidentialité;

c) L'entité adjudicatrice délivre, sur demande, aux fournisseurs ou entrepreneurs un reçu indiquant la date et l'heure auxquelles leur offre a été reçue.

6. Une offre reçue par l'entité adjudicatrice après la date limite de soumission des offres n'est pas ouverte et est renvoyée au fournisseur ou entrepreneur qui l'a soumise.

Article 31. *Période de validité des offres; modification et retrait des offres*

1. Les offres restent valides pendant la période spécifiée dans le dossier de sollicitation.

2. *a)* Avant l'expiration de la période de validité des offres, l'entité adjudicatrice peut demander aux fournisseurs ou entrepreneurs une prorogation jusqu'à une date qu'elle spécifie. Tout fournisseur ou entrepreneur peut refuser cette prorogation sans perdre sa garantie de 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.

Article 32. *Garanties de soumission*

1. Lorsque l'entité adjudicatrice demande une garantie de soumission aux fournisseurs ou entrepreneurs soumettant une offre :

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 offre, 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;

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 soumettant l'offre ne peuvent concerner que :

i) Le retrait ou la modification de l'offre après la date limite de soumission des offres, 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 l'offre, 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 d'appel d'offres sans entrée en vigueur d'un marché;

d) Le retrait de l'offre avant la date limite de soumission des offres, à moins que l'interdiction d'un tel retrait ne soit spécifiée dans le dossier de sollicitation.

Section III. Évaluation et comparaison des offres

Article 33. *Ouverture des offres*

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.

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 11.

Article 34. *Examen, évaluation et comparaison des offres*

1. *a)* L'entité adjudicatrice peut prier les fournisseurs ou entrepreneurs de donner des éclaircissements sur leur offre, afin d'en faciliter l'examen, l'évaluation et la comparaison. Aucune modification quant au fond, notamment une modification du prix ou des modifications visant à rendre conforme une offre non conforme, ne sera demandée, proposée ni autorisée;

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;

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 n'accepte pas une offre :

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;

d) Dans les circonstances visées à l'article 15.

4. *a)* L'entité adjudicatrice évalue et compare les offres qui ont été acceptées afin de déterminer l'offre à retenir, telle qu'elle est définie à l'alinéa *b* du présent paragraphe, 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'alinéa *d* du présent paragraphe; ou

ii) Si l'entité adjudicatrice l'a stipulé dans le dossier de sollicitation, l'offre la plus basse selon l'évaluation effectuée sur la base de critères spécifiés dans le dossier de sollicitation, critères qui seront, dans la mesure du possible, objectifs et quantifiables et qui seront affectés d'un coefficient de pondération dans la procédure d'évaluation ou seront exprimés en termes pécuniaires, dans la mesure du possible;

c) Pour déterminer l'offre la plus basse selon l'évaluation visée à l'alinéa *b* ii du présent paragraphe, l'entité adjudicatrice ne peut tenir compte que des éléments suivants :

i) Le prix soumissionné, sous réserve de toute marge de préférence appliquée conformément à l'alinéa *d* du présent paragraphe;

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 des biens, des travaux ou des services;

iii) L'effet que l'acceptation d'une offre aurait sur l'état de la balance des paiements et les réserves en devises [du présent État], les arrangements d'échanges compensés proposés par les fournisseurs ou entrepreneurs, l'ampleur du contenu local dans les biens, travaux ou services proposés par les fournisseurs ou entrepreneurs, notamment pour ce qui est de la fabrication, de la main-d'œuvre et des matériaux, les possibilités de développement économique que comportent les offres, notamment les investissements locaux ou autres activités commerciales locales, la promotion de l'emploi, le fait que certaines activités de production seront réservées à des fournisseurs locaux, le transfert de technologie et le développement des compétences en matière de gestion, et des compétences scientifiques et opérationnelles [... (l'État adoptant la Loi type peut développer l'alinéa iii en y ajoutant des critères supplémentaires)]; et

iv) Des considérations liées à la défense et à la sécurité nationales;

d) Si les règlements en matière de passation des marchés le permettent, (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 offres, accorder une marge de préférence aux offres de travaux soumises par des entrepreneurs nationaux ou aux offres de biens produits localement ou aux fournisseurs nationaux de services. La marge de préférence est calculée conformément aux règlements en matière de passation des marchés et est mentionnée dans le procès-verbal de la procédure de passation du marché.

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 7, 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 6. 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 12-1, 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 de l'article 11.

Article 35. *Interdiction des négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs*

Aucune négociation n'a lieu entre l'entité adjudicatrice et un fournisseur ou entrepreneur au sujet d'une offre soumise par ledit fournisseur ou entrepreneur.

Article 36. *Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché*

1. Sous réserve des articles 12 et 34-7, l'offre dont il a été déterminé qu'elle est l'offre à retenir conformément à l'article 34-4 *b* est acceptée. L'entrepreneur ou fournisseur ayant soumis l'offre est avisé promptement que son offre a été acceptée.

2. *a)* Nonobstant les dispositions du paragraphe 4 du présent article, le dossier de sollicitation peut stipuler que le fournisseur ou entrepreneur dont l'offre a été acceptée doit signer un marché écrit conforme à cette offre. Dans de tels cas, l'entité adjudicatrice (le ministère compétent) et le fournisseur ou entrepreneur signent le marché dans un délai raisonnable après que l'avis visé au paragraphe 1 du présent article a été expédié au fournisseur ou entrepreneur;

b) Sous réserve des dispositions du paragraphe 3 du présent article, lorsqu'un marché écrit doit être signé en application de

l'alinéa *a* du présent paragraphe, le marché entre en vigueur lorsqu'il est signé par le fournisseur ou entrepreneur et par l'entité adjudicatrice. Entre le moment où l'avis prévu au paragraphe 1 est expédié au fournisseur ou entrepreneur et l'entrée en vigueur du marché, ni l'entité adjudicatrice ni le fournisseur ou entrepreneur ne prennent de mesures qui puissent compromettre l'entrée en vigueur du marché ou son exécution.

3. 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 de l'offre, 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 offres spécifiée dans le dossier de sollicitation en application de l'article 31-1 ou de la période de validité des garanties de soumission pouvant être requises en application de l'article 32-1.

4. Sous réserve des dispositions des paragraphes 2 *b* et 3 du présent article, un marché conforme aux conditions de l'offre acceptée entre en vigueur lorsque l'avis mentionné au paragraphe 1 du présent article a été expédié au fournisseur ou entrepreneur ayant soumis l'offre, à condition qu'il soit expédié pendant que l'offre est en cours de validité. L'avis est expédié lorsqu'il est dûment adressé ou envoyé et transmis de toute autre manière au fournisseur ou entrepreneur, ou remis à une autorité compétente pour transmission au fournisseur ou entrepreneur, par un mode de communication autorisé par l'article 9.

5. Si le fournisseur ou entrepreneur dont l'offre 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 l'offre à retenir, conformément à l'article 34-4, parmi les offres valides restantes, étant entendu qu'elle conserve le droit, conformément à l'article 12-1, de rejeter toutes les offres restantes. L'avis prévu au paragraphe 1 du présent article est donné au fournisseur ou entrepreneur ayant soumis cette offre.

6. Dès l'entrée en vigueur du marché et la présentation par le fournisseur ou 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 entrepreneur ayant conclu le marché et le prix de ce dernier, est communiqué aux autres fournisseurs ou entrepreneurs.

CHAPITRE IV. MÉTHODE PRINCIPALE POUR LA PASSATION DES MARCHÉS DE SERVICES

Article 37. *Avis de sollicitation de propositions*

1. L'entité adjudicatrice sollicite des propositions relatives à des services ou, le cas échéant, des demandes de présélection en faisant publier un avis demandant aux fournisseurs ou entrepreneurs qui pourraient souhaiter soumettre une proposition ou une demande de présélection, selon le cas, de se faire connaître dans ... (l'État adoptant la Loi type spécifie le journal officiel ou autre publication officielle dans lesquels l'avis doit être publié). L'avis doit contenir, au minimum, le nom et l'adresse de l'entité adjudicatrice, une brève description des services requis, les modalités d'obtention de la sollicitation de propositions ou de la documentation de présélection, et le prix demandé, le cas échéant, pour la sollicitation de propositions ou pour la documentation de présélection.

2. L'avis doit également être publié, dans une langue d'usage courant dans le commerce international, dans un journal de grande diffusion internationale ou dans une publication spécialisée ou professionnelle appropriée de grande diffusion internationale, sauf lorsque la participation est limitée aux fournisseurs ou entrepreneurs nationaux conformément à l'article 8-1 ou lorsque, en raison de la faible valeur des services requis, l'entité adjudicatrice estime que seuls des fournisseurs ou entrepreneurs nationaux sont susceptibles de souhaiter soumettre une proposition.

3. (Sous réserve d'approbation par ... (l'État adoptant la Loi type précise quel est l'organe habilité à donner ladite approbation),) si la sollicitation directe est nécessaire pour des raisons d'économie et d'efficacité, l'entité adjudicatrice n'est pas tenue d'appliquer les dispositions des paragraphes 1 et 2 du présent article lorsque :

a) Les services requis ne sont disponibles qu'auprès d'un nombre limité de fournisseurs ou entrepreneurs, à condition qu'elle sollicite des propositions de tous ces fournisseurs ou entrepreneurs; ou

b) Le temps qu'il faudrait passer et les frais qu'il faudrait engager pour examiner et évaluer un grand nombre de propositions seraient disproportionnés par rapport à la valeur des services requis, à condition qu'elle sollicite des propositions d'un nombre suffisant de fournisseurs ou entrepreneurs pour assurer une véritable concurrence; ou

c) La sollicitation directe est le seul moyen d'assurer la confidentialité ou est nécessaire pour des raisons d'intérêt national, à condition qu'elle sollicite des propositions d'un nombre suffisant de fournisseurs ou entrepreneurs pour assurer une véritable concurrence.

4. L'entité adjudicatrice distribue la sollicitation de propositions, ou la documentation de présélection, aux fournisseurs ou entrepreneurs conformément aux procédures et dans les conditions spécifiées dans l'avis ou, lorsque le paragraphe 3 s'applique, directement aux fournisseurs ou entrepreneurs participants. Le prix qu'elle peut demander pour la sollicitation de propositions ou pour la documentation de présélection ne doit refléter que le coût de leur impression et de leur distribution aux fournisseurs ou entrepreneurs. Si une procédure de présélection a été ouverte, elle distribue la sollicitation de propositions à chaque fournisseur ou entrepreneur qui a été présélectionné et qui acquitte le prix éventuellement demandé.

Article 38. *Teneur des sollicitations de propositions relatives à des services*

La sollicitation de propositions comporte, au minimum, les renseignements suivants :

a) Le nom et l'adresse de l'entité adjudicatrice;

b) La ou les langues dans lesquelles les propositions doivent être établies;

c) Le mode, le lieu et la date limite de soumission des propositions;

d) Si l'entité adjudicatrice se réserve le droit de rejeter toutes les propositions, une mention le précisant;

e) Les critères et procédures, conformément aux dispositions de l'article 6, relatifs à l'évaluation des qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs et à la confirmation des qualifications en application de l'article 7-8;

f) Les pièces ou autres éléments d'information exigés des fournisseurs ou entrepreneurs pour justifier de leurs qualifications;

g) Pour autant qu'elles soient connues, la nature des services requis et les caractéristiques qu'ils doivent présenter, y compris, mais non pas exclusivement, le lieu où ils doivent être fournis et, le cas échéant, le moment où leur fourniture est souhaitée ou requise;

h) Si l'entité adjudicatrice sollicite des propositions concernant divers moyens possibles de répondre à ses besoins;

i) Lorsque les fournisseurs ou entrepreneurs sont autorisés à soumettre des propositions ne portant que sur une partie des services requis, une description de la partie ou des parties pour lesquelles des propositions peuvent être soumises;

j) La ou les monnaies dans lesquelles le prix des propositions doit être formulé ou exprimé, sauf si le prix n'est pas un critère pertinent;

k) La manière dont le prix des propositions doit être formulé ou exprimé, y compris une mention indiquant s'il englobera des éléments autres que le coût des services, tels que le remboursement de frais de transport, d'hébergement, d'assurance ou d'utilisation de matériel, ou le remboursement de droits ou de taxes, sauf si le prix n'est pas un critère pertinent;

l) La procédure choisie en application de l'article 41-1 pour déterminer la proposition à retenir;

m) Les critères qui seront appliqués pour déterminer la proposition à retenir, y compris toute marge de préférence qui sera ménagée conformément à l'article 39-2, et le coefficient de pondération dont sera affecté chacun de ces critères;

n) La monnaie qui sera utilisée pour l'évaluation et la comparaison des propositions, et soit le taux de change qui sera appliqué pour la conversion du prix des propositions dans cette monnaie soit une mention précisant que sera appliqué le taux publié par un établissement financier donné en vigueur à une date donnée;

o) Si des variantes par rapport aux caractéristiques des services, aux conditions contractuelles ou autres conditions spécifiées dans la sollicitation de propositions sont autorisées, une mention le précisant et une description de la manière dont les propositions comportant de telles variantes seront évaluées et comparées;

p) 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;

q) Les modalités selon lesquelles, en application de l'article 40, les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent demander des éclaircissements sur la sollicitation de propositions, et une mention indiquant si l'entité adjudicatrice a l'intention, à ce stade, d'organiser une réunion de fournisseurs ou entrepreneurs;

r) 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;

s) Des références à la présente Loi, aux règlements en matière de passation des marchés et à d'autres lois et règlements intéressant directement la procédure de passation de marché, 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;

t) Une notification du droit, prévu à l'article 52, 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;

u) Les formalités qui devront être accomplies, une fois la proposition acceptée, pour que le marché entre en vigueur, y compris, le cas échéant, la signature d'un marché écrit, et l'approbation par une autorité de tutelle ou par le gouvernement, ainsi que le laps de temps sur lequel il faudra compter, à la suite de l'expédition de l'avis d'acceptation, pour obtenir cette approbation;

v) 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 propositions et d'autres aspects de la procédure de passation du marché.

Article 39. *Critères d'évaluation des propositions*

1. L'entité adjudicatrice établit les critères d'évaluation des propositions et fixe le coefficient de pondération dont sera affecté chacun de ces critères et la façon dont ces derniers seront appliqués pour l'évaluation des propositions. Ces critères sont notifiés aux fournisseurs ou entrepreneurs dans la sollicitation de propositions et ne peuvent concerner que :

a) 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;

b) La mesure dans laquelle la proposition soumise par le fournisseur ou entrepreneur permettrait de répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice;

c) Le prix de la proposition, sous réserve de toute marge de préférence appliquée conformément au paragraphe 2, y compris tous frais accessoires ou connexes;

d) L'effet que l'acceptation d'une proposition aurait sur la balance des paiements et les réserves en devises (du présent État), le degré de participation des fournisseurs ou entrepreneurs locaux, le potentiel de développement économique offert par la proposition, notamment les investissements et autres activités commerciales locaux, la promotion de l'emploi, le transfert de technologie, le développement des compétences en matière de gestion et des compétences scientifiques et opérationnelles et les arrangements d'échanges compensés proposés par les fournisseurs ou entrepreneurs [... (l'État adoptant la Loi type peut inclure dans cet alinéa des critères supplémentaires)];

e) Des considérations liées à la défense et à la sécurité nationales.

2. 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, lorsqu'elle évalue et compare les propositions, ménager, au bénéfice des fournisseurs nationaux de services, une marge de préférence qui sera calculée conformément aux règlements en matière de passation des marchés et mentionnée dans le procès-verbal de la procédure de passation du marché.

Article 40. *Clarification et modification des sollicitations de propositions*

1. Tout fournisseur ou entrepreneur peut adresser à l'entité adjudicatrice une demande d'éclaircissements sur la sollicitation de propositions. 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 propositions. Elle donne sa réponse dans un délai raisonnable de façon à permettre au fournisseur ou entrepreneur de soumettre sa proposition en temps utile et, sans indiquer l'origine de la demande, communique les éclaircissements à tous les fournisseurs ou entrepreneurs auxquels elle a adressé la sollicitation de propositions.

2. A tout moment avant la date limite de soumission des propositions, 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 la sollicitation de propositions en publiant un additif. L'additif est communiqué promptement à tous les fournisseurs ou entrepreneurs auxquels l'entité adjudicatrice a adressé la sollicitation de propositions 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 de la sollicitation de propositions, 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 participant à la procédure de passation du marché afin qu'ils puissent en tenir compte pour l'établissement de leurs propositions.

Article 41. *Choix des procédures de sélection*

1. Pour déterminer la proposition à retenir, l'entité adjudicatrice utilise la procédure prévue à l'article 42-2 *a*, 42-2 *b*, 43 ou 44 qui a été notifiée aux fournisseurs ou entrepreneurs dans la sollicitation de propositions.

2. L'entité adjudicatrice inclut dans le procès-verbal requis à l'article 11 un exposé des motifs et des circonstances sur lesquels elle se fonde pour justifier l'utilisation d'une procédure de sélection en application du paragraphe 1 du présent article.

3. Rien dans le présent chapitre n'empêche l'entité adjudicatrice de faire appel, dans la procédure de sélection, à un jury impartial d'experts indépendants.

Article 42. *Procédure de sélection sans négociation*

1. Lorsqu'en application de l'article 41-1, l'entité adjudicatrice utilise la procédure prévue au présent article, elle fixe un seuil concernant la qualité et les aspects techniques des propositions au regard des critères autres que le prix énoncés dans la sollicitation de propositions et elle note chaque proposition sur la base de ces critères et des coefficients de pondération et modalités d'application de ces critères indiqués dans la sollicitation de propositions. Elle compare alors les prix des propositions qui ont obtenu une note équivalente ou supérieure au seuil.

2. 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 1 du présent article et du prix.

Article 43. *Procédures de sélection avec négociations simultanées*

1. Lorsqu'en application de l'article 41-1, l'entité adjudicatrice utilise la procédure prévue au présent article, elle engage des négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs qui ont soumis des propositions acceptables et elle peut demander ou autoriser la modification de ces propositions, à condition que la possibilité de participer aux négociations soit donnée à tous ces fournisseurs ou entrepreneurs.

2. A l'issue des négociations, l'entité adjudicatrice prie tous les fournisseurs ou entrepreneurs qui restent en compétition de soumettre, dans un certain délai, leur meilleure offre définitive couvrant tous les aspects de leur proposition.

3. Pour l'évaluation des propositions, le prix est pris en considération séparément et seulement une fois l'évaluation technique achevée.

4. 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 indiqués dans la sollicitation de propositions, être celle qui répond le mieux à ses besoins.

Article 44. *Procédures de sélection avec négociations consécutives*

Lorsqu'en application de l'article 44-1, l'entité adjudicatrice utilise la procédure prévue au présent article, elle engage des négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs en procédant comme suit :

a) Elle fixe un seuil conformément à l'article 42-1;

b) Elle invite le fournisseur ou entrepreneur qui a obtenu la meilleure note en application de l'article 42-1 à des négociations sur le prix de sa proposition;

c) Elle informe les fournisseurs ou entrepreneurs qui ont obtenu une note supérieure au seuil fixé qu'ils pourront être appelés à négocier avec elle si les négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs ayant obtenu une note plus élevée n'aboutissent pas à l'attribution du marché;

d) Elle informe les autres fournisseurs ou entrepreneurs qu'ils n'ont pas atteint le seuil requis;

e) S'il lui apparaît que les négociations avec le fournisseur ou entrepreneur invité à négocier en application de l'alinéa *b* du présent article n'aboutiront pas à l'attribution du marché, elle informe ledit fournisseur ou entrepreneur qu'elle met fin aux négociations;

f) L'entité adjudicatrice invite alors à négocier avec elle le fournisseur ou entrepreneur qui a obtenu la deuxième note; si les négociations avec ce fournisseur ou entrepreneur n'aboutissent pas à l'attribution du marché, elle invite à négocier les autres fournisseurs ou entrepreneurs en suivant l'ordre des notes obtenues par ces derniers jusqu'à ce que le marché soit attribué ou que toutes les propositions aient été rejetées.

Article 45. *Confidentialité*

L'entité adjudicatrice traite les propositions d'une manière qui évite la divulgation de leur contenu aux fournisseurs ou entrepreneurs en compétition. Toutes les négociations organisées conformément à l'article 43 ou 44 sont confidentielles et, sous réserve des dispositions de l'article 11, une partie à ces négociations ne doit révéler à quiconque aucune information technique ou sur les prix ni aucune autre information concernant les négociations sans le consentement de l'autre partie.

CHAPITRE V. PASSATION DES MARCHÉS PAR D'AUTRES MÉTHODES QUE LA PROCÉDURE D'APPEL D'OFFRES

Article 46. *Appel d'offres en deux étapes*

1. Les dispositions du chapitre III de la présente Loi s'appliquent aux procédures d'appel d'offres en deux étapes, sauf dans la mesure où le présent article déroge auxdites dispositions.

2. Dans le dossier de sollicitation, les fournisseurs ou entrepreneurs sont priés de soumettre, durant la première étape de la procédure d'appel d'offres en deux étapes, des offres initiales contenant leurs propositions, sans prix soumissionné. Le dossier de sollicitation peut solliciter des propositions en ce qui concerne tant les caractéristiques techniques, qualitatives ou autres des biens, des travaux ou des services que les conditions contractuelles de leur 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 12, 15 ou 34-3 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 spécifications d'un cahier des charges. Lorsqu'elle définit ces spécifications, l'entité adjudicatrice peut supprimer ou modifier tout aspect, initialement prévu dans le dossier de sollicitation, des caractéristiques techniques ou qualitatives des biens, travaux ou services requis 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 34-4 *b*.

Article 47. *Appel d'offres restreint*

1. *a)* Lorsque l'entité adjudicatrice lance un appel d'offres restreint pour des motifs visés à l'alinéa *a* de l'article 20, elle sollicite des offres de tous les fournisseurs ou entrepreneurs auprès desquels les biens, travaux ou services requis peuvent être obtenus;

b) Lorsque l'entité adjudicatrice lance un appel d'offres restreint pour des motifs visés à l'alinéa *b* de l'article 20, 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.

2. Lorsque l'entité adjudicatrice lance un appel d'offres restreint, elle fait publier un avis d'appel d'offres restreint dans ... (l'État adoptant la Loi type spécifie le journal officiel ou autre publication officielle dans lequel l'avis doit être publié).

3. Les dispositions du chapitre III 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 48. *Sollicitation de propositions*

1. La sollicitation de propositions est adressée à autant de fournisseurs ou entrepreneurs que possible, mais à trois au moins si possible.

2. L'entité adjudicatrice publie dans un journal de grande diffusion internationale ou dans une publication spécialisée appropriée ou une revue technique ou professionnelle de grande diffusion internationale un avis demandant aux fournisseurs ou entrepreneurs qui pourraient souhaiter soumettre une proposition de se faire connaître, à moins qu'elle ne juge qu'il n'est pas souhaitable de publier un tel avis pour des raisons d'économie ou d'efficacité; ledit avis ne confère aucun droit aux fournisseurs ou entrepreneurs et, en particulier, il ne les autorise pas à exiger qu'une proposition soit évaluée.

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.

4. 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 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; 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.

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;

b) Sous réserve des dispositions de l'article 11, 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;

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. A 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 :

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.

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.

Article 49. *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. 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 11, 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.

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.

Article 50. *Sollicitation de prix*

1. 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 biens 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.

2. Chaque fournisseur ou entrepreneur n'est autorisé à donner qu'un seul prix et n'est pas autorisé à le modifier. Il ne peut pas y avoir de négociations entre l'entité adjudicatrice et le fournisseur ou entrepreneur au sujet d'un prix donné par ledit fournisseur ou entrepreneur.

3. Le marché est attribué au fournisseur ou entrepreneur qui a fait l'offre au prix le plus bas répondant aux besoins de l'entité adjudicatrice.

Article 51. *Sollicitation d'une source unique*

Dans les circonstances énoncées à l'article 22, l'entité adjudicatrice peut se procurer les biens, les travaux ou les services en sollicitant une proposition ou un prix d'un fournisseur ou entrepreneur unique.

CHAPITRE VI. RECOURS*

Article 52. *Droit de recours*

1. Sous réserve du paragraphe 2 du présent article, tout fournisseur ou entrepreneur qui déclare avoir subi, ou qui peut subir, une perte ou un dommage causé par la violation d'une obligation imposée à l'entité adjudicatrice par la présente Loi peut introduire un recours conformément aux articles 53 à [57].

2. Ne peuvent faire l'objet du recours prévu au paragraphe 1 du présent article :

a) Le choix d'une méthode de passation des marchés conformément aux articles 18 à 22;

b) Le choix d'une procédure de sélection conformément à l'article 41-1;

c) La limitation de la participation à la procédure de passation du marché, conformément à l'article 8, sur la base de la nationalité;

d) La décision de l'entité adjudicatrice de rejeter la totalité des offres, ou propositions ou des prix conformément à l'article 12;

e) Le 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;

f) Une omission visée à l'article 27 *t* ou à l'article 38 *s*.

Article 53. *Recours porté devant l'entité adjudicatrice (ou devant l'autorité de tutelle*

1. A moins que le marché ne soit déjà entré en vigueur, une réclamation est, en première instance, présentée par écrit au responsable de l'entité adjudicatrice. (Toutefois, si la réclamation est fondée sur un acte ou une décision de l'entité adjudicatrice ou sur une procédure qu'elle a appliquée, et que cet acte, cette décision ou cette procédure a été approuvé par une autorité conformément à la présente Loi, la réclamation est soumise au responsable de l'autorité ayant approuvé l'acte, la décision ou la procédure.)

2. Le responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle) ne tient compte d'une réclamation que si elle a été présentée dans un délai de vingt jours à compter du moment où le fournisseur ou entrepreneur qui en est l'auteur a connaissance des circonstances qui la motivent ou, au plus tard, à compter du moment où ledit fournisseur ou entrepreneur aurait dû avoir connaissance de ces circonstances.

3. Le responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle) n'a pas à tenir compte d'une réclamation, ou à continuer de tenir compte d'une réclamation, après l'entrée en vigueur du marché.

4. A moins que la réclamation n'ait été réglée par accord entre le fournisseur ou entrepreneur qui en est l'auteur et l'entité adjudicatrice, le responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle) rend une décision écrite, dans les trente jours qui suivent la présentation de la réclamation. Cette décision :

a) Est motivée; et

b) S'il est fait droit en tout ou en partie à la réclamation, énonce les mesures correctives qui doivent être prises.

*Les États promulguant la Loi type souhaiteront peut-être incorporer les articles sur les recours sans changement ou en y apportant le minimum de changements nécessaire pour répondre à des impératifs particuliers. Toutefois, pour des raisons d'ordre constitutionnel ou autres, certains États pourraient souhaiter n'incorporer que certaines des dispositions concernant les recours ou aucune d'elles. En pareil cas, les articles sur les recours pourront leur servir de référence pour évaluer leurs procédures de recours.

5. Si le responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle) ne rend pas sa décision dans le délai visé au paragraphe 4 du présent article, le fournisseur ou entrepreneur qui présente la réclamation (ou l'entité adjudicatrice pourra immédiatement engager la procédure prévue à l'article [54 ou 57]. Une fois cette procédure engagée, le responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle) ne peut plus connaître de la réclamation.

6. La décision du responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle) est définitive, à moins qu'une procédure ne soit engagée en vertu de l'article [54 ou 57].

Article 54. *Recours administratif**

1. Le fournisseur ou entrepreneur qui est fondé à introduire un recours en application de l'article 52 peut présenter une réclamation à [insérer le nom de l'instance administrative] :

a) Si cette réclamation ne peut être présentée ou examinée en application de l'article 53 en raison de l'entrée en vigueur du marché, et sous réserve qu'elle soit présentée dans un délai de vingt jours à compter du moment où le fournisseur ou entrepreneur qui en est l'auteur a pris 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;

b) Si le responsable de l'entité adjudicatrice ne tient pas compte d'une réclamation parce que le marché est entré en vigueur, sous réserve que la réclamation soit présentée dans un délai de vingt jours après que la décision de ne pas tenir compte de la réclamation a été rendue;

c) En application de l'article 53-5, sous réserve que la réclamation soit présentée dans un délai de vingt jours après l'expiration de la période visée à l'article 53-4; ou

d) Si le fournisseur ou entrepreneur s'estime lésé par une décision du responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle) prise en application de l'article 53, sous réserve que la réclamation soit présentée dans un délai de vingt jours après que ladite décision a été rendue.

2. Dès réception d'une réclamation, le [insérer le nom de l'instance administrative] en avise l'entité adjudicatrice (ou l'autorité de tutelle).

3. Le [insérer le nom de l'instance administrative] peut, sauf s'il déboute le requérant, [accorder] [recommander]** 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, à l'exception de tout acte ou décision entraînant l'entrée en vigueur du marché;

e) Réviser une décision illégale de l'entité adjudicatrice ou lui substituer sa propre décision, à l'exception de toute décision entraînant l'entrée en vigueur du marché;

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.

4. Le [insérer le nom de l'instance administrative] rend dans un délai de trente 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.

5. Cette décision est définitive sauf si une action est intentée en vertu de l'article 57.

Article 55. *Certaines règles applicables aux procédures de recours en vertu de l'article 53 [et de l'article 54]*

1. Dès la présentation d'une réclamation en application de l'article 53 [ou de l'article 54], le responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle) [, ou le [insérer le nom de l'instance administrative], selon le cas,] avise tous les fournisseurs ou entrepreneurs participant à la procédure de passation du marché sur laquelle porte la réclamation de la présentation de cette réclamation et de son contenu.

2. Chacun de ces fournisseurs ou entrepreneurs ou toute autorité gouvernementale dont les intérêts sont ou pourraient être lésés par la procédure de recours a le droit de participer à cette procédure. Le fournisseur ou entrepreneur qui ne participe pas à la procédure de recours ne peut formuler par la suite de réclamation du même type.

3. Une copie de la décision du responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle) [, ou du [insérer le nom de l'instance administrative], selon le cas,] est remise, dans un délai de cinq jours après que la décision a été rendue, au fournisseur ou entrepreneur qui présente la réclamation, à l'entité adjudicatrice et à tout autre fournisseur ou entrepreneur ou toute autre autorité gouvernementale ayant participé 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.

Article 56. *Suspension de la procédure de passation du marché*

1. La présentation en temps voulu d'une réclamation en application de l'article 53 [ou de l'article 54] entraîne la suspension de la procédure de passation du marché pendant une période de sept jours, 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

*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 (art. 57).

**On a décidé d'offrir le choix entre deux variantes afin de tenir compte du cas des États dont les organes compétents ne sont pas habilités à accorder les réparations énumérées ci-dessus, mais peuvent faire des recommandations.

pas un préjudice disproportionné pour l'entité adjudicatrice ou d'autres fournisseurs ou entrepreneurs.

2. Lorsque le marché entre en vigueur, la présentation en temps voulu d'une réclamation en application de l'article 54 entraîne la suspension de l'exécution du marché pendant une période de sept jours, sous réserve que la réclamation remplisse les conditions énoncées au paragraphe 1 du présent article.

3. Le responsable de l'entité adjudicatrice (ou de l'autorité de tutelle), [, ou le [insérer le nom de l'instance administrative],] peut prolonger la suspension prévue au paragraphe 1 du présent article [et le [insérer le nom de l'instance administrative] peut prolonger la suspension prévue au paragraphe 2 du présent article,] 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 trente jours.

4. La suspension prévue par le présent article ne s'applique pas si 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.

5. Toute décision prise par l'entité adjudicatrice en vertu du 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 57. *Recours judiciaire*

Le [insérer le nom du tribunal ou des tribunaux] est compétent pour connaître des actions intentées conformément à l'article 52 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 53 [ou de l'article 54].

II. GUIDE POUR L'INCORPORATION DANS LE DROIT INTERNE DE LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA PASSATION DES MARCHÉS DE BIENS, DE TRAVAUX ET DE SERVICES

(A/CN.9/403) [Original : anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Pages
INTRODUCTION		344
I.	CARACTÉRISTIQUES PRINCIPALES DE LA LOI TYPE	345
II.	OBSERVATIONS ARTICLE PAR ARTICLE	350
Préambule		350
Chapitre premier.	Dispositions générales	350
Article 1er.	Champ d'application	350
Article 2.	Définitions	350
Article 3.	Obligations internationales du présent État touchant la passation des marchés [et accords gouvernementaux au sein (du présent État)]	351
Article 4.	Réglementation des marchés	351
Article 5.	Accès aux textes juridiques relatifs aux marchés	351
Article 6.	Qualifications des fournisseurs et entrepreneurs	352
Article 7.	Procédure de présélection	352
Article 8.	Participation des fournisseurs ou entrepreneurs	352
Article 9.	Forme des communications	352
Article 10.	Règles régissant les pièces fournies par les entrepreneurs ou fournisseurs	352
Article 11.	Procès-verbal de la procédure de passation des marchés	353
Article 12.	Rejet de toutes les soumissions, propositions ou offres, ou de tous les prix	353
Article 13.	Entrée en vigueur du marché	353
Article 14.	Publication de l'avis d'attribution du marché	354
Article 15.	Incitations proposées par des fournisseurs ou entrepreneurs	354
Article 16.	Règles concernant la description des biens, des travaux ou des services	354
Article 17.	Langue à utiliser	354
Chapitre II.	Méthodes de passation des marchés et conditions d'utilisation de ces méthodes	354
Article 18.	Méthodes de passation des marchés	354
Article 19.	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	355
Article 20.	Conditions d'utilisation de l'appel d'offres restreint	355
Article 21.	Conditions d'utilisation de la procédure de sollicitation de prix	355
Article 22.	Conditions d'utilisation de la procédure de sollicitation d'une source unique	355
Chapitre III.	Procédure d'appel d'offres	356
Section I.	Sollicitation d'offres et de demandes de présélection	356
Article 23.	Appel d'offres national	356
Article 24.	Procédures de sollicitation des offres ou des demandes de présélection	356

		Pages
Article 25.	Teneur de l'invitation à soumettre une offre et de l'invitation à présenter une demande de présélection	356
Article 26.	Communication du dossier de sollicitation	356
Article 27.	Teneur du dossier de sollicitation	356
Article 28.	Clarification et modification du dossier de sollicitation	357
Section II.	Soumission des offres	357
Article 29.	Langue des offres	357
Article 30.	Soumission des offres	357
Article 31.	Période de validité des offres; modification et retrait des offres	357
Article 32.	Garanties de soumission	358
Section III.	Évaluation et comparaison des offres	358
Article 33.	Ouverture des offres	358
Article 34.	Examen, évaluation et comparaison des offres	358
Article 35.	Interdiction des négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs	359
Article 36.	Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché	359
Chapitre IV.	Principale méthode de passation des marchés de services	360
Article 37.	Avis de sollicitation de propositions	360
Article 38.	Teneur des sollicitations de propositions relatives à des services	360
Article 39.	Critères d'évaluation des propositions	361
Article 40.	Clarification et modification des sollicitations de propositions	361
Article 41.	Choix d'une procédure de sélection	361
Article 42.	Procédure de sélection sans négociation	361
Article 43.	Procédure de sélection avec négociations simultanées	361
Article 44.	Procédure de sélection avec négociations consécutives	361
Article 45.	Confidentialité	362
Chapitre V.	Procédures pour les autres méthodes de passation des marchés	362
Article 46.	Appel d'offres en deux étapes	362
Article 47.	Appel d'offres restreint	362
Article 48.	Sollicitation de propositions	363
Article 49.	Appel à la concurrence	363
Article 50.	Procédure de sollicitations de prix	363
Article 51.	Sollicitation d'une source unique	363
Chapitre VI.	Recours	363
Article 52.	Droit de recours	364
Article 53.	Recours porté devant l'entité adjudicatrice (ou devant l'autorité de tutelle)	364
Article 54.	Recours administratif	365
Article 55.	Certaines règles applicables aux procédures de recours en vertu de l'article 53 [et de l'article 54]	366
Article 56.	Suspension de la procédure de passation du marché	366
Article 57.	Recours judiciaire	367

INTRODUCTION

Historique et objet de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services

1. A sa dix-neuvième session, en 1986, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a décidé d'entreprendre des travaux dans le domaine de la passation des marchés. Elle a adopté la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux et le Guide pour l'incorporation dans le droit interne, qui lui fait pendant, à sa vingt-sixième session (Vienne, 5-23 juillet 1993). La Loi type sur la passation des marchés de biens et de travaux a pour objet de servir de modèle aux États pour l'évaluation et la modernisation de leur législation et de leurs pratiques en matière de passation des marchés et pour l'adoption d'une législation des marchés lorsqu'elle fait défaut. Le texte de la Loi type sur la passation des marchés de biens et de travaux figure à l'annexe I du rapport de la CNUDCI sur les travaux de sa vingt-sixième session[1].

2. Étant entendu que certains aspects des marchés de services étaient régis par des facteurs différents de ceux qui régissaient les marchés de biens ou de travaux, il avait été décidé de s'en tenir, initialement, à la formulation de dispositions législatives types sur la passation des marchés de biens et de travaux. A sa vingt-sixième session, la Commission, après en avoir terminé sur ce point, a

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-huitième session, Supplément n° 17* (A/48/17).

décidé de procéder à l'élaboration de dispositions législatives types sur la passation des marchés de services. Elle a donc, à sa vingt-septième session (New York, 31 mai-17 juin 1994), discuté les additions et modifications qu'il faudrait apporter à la Loi type sur la passation des marchés de biens et de travaux pour y incorporer les marchés de services et a adopté la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services (ci-après dénommée la "Loi type"), sans remplacer par là le texte précédent, dont le champ d'application se limite aux biens et aux travaux. Le texte de la Loi type figure à l'annexe I du rapport de la CNUDCI sur les travaux de sa vingt-septième session[2]. A la même session, la Commission a aussi adopté le présent Guide, qui fait pendant à la Loi type.

3. La décision prise par la CNUDCI d'élaborer une législation type sur la passation des marchés tient au fait que, dans un certain nombre de pays, la législation régissant les marchés est inadaptée ou dépassée, ce qui a pour conséquence de réduire l'efficacité du processus de passation des marchés, d'augmenter les risques d'abus et d'empêcher l'acheteur du secteur public d'obtenir une contrepartie adéquate en échange des fonds publics dépensés. Tous les pays ont besoin de lois et pratiques saines en matière de marchés publics, notamment les pays en développement et les pays dont l'économie est en cours de transformation. Dans ces derniers pays, une proportion importante des marchés émane du secteur public. Une bonne part de ces marchés concerne des projets se rattachant au processus même de développement économique et social. Ces pays en particulier souffrent d'une pénurie de fonds publics; aussi est-il essentiel que la passation des marchés se fasse de la manière la plus avantageuse possible. La Loi type sera particulièrement utile dans les pays dont le système économique est en pleine transformation, car la réforme du système des marchés publics est une des clefs de voûte de la réforme législative entreprise pour développer l'économie de marché.

4. De plus, la Loi type peut aider à pallier aux désavantages tenant au fait qu'une législation nationale des marchés inappropriée entrave le commerce international, dont une proportion importante découle de ces marchés. Les disparités entre les régimes juridiques nationaux régissant la passation des marchés et les incertitudes qu'elles entraînent peuvent contribuer à limiter les possibilités qu'ont les gouvernements d'obtenir les prix compétitifs et la qualité que l'on peut attendre d'un marché passé à l'échelon international. Dans le même temps, une législation nationale des marchés inadéquate ou divergente empêche ou dissuade dans de nombreux pays les fournisseurs et entrepreneurs de vendre au gouvernement.

5. La CNUDCI est un organe de l'Assemblée générale des Nations Unies créé pour promouvoir l'harmonisation et l'unification du droit commercial international, de manière à supprimer les obstacles au commerce international imputables aux insuffisances et aux divergences du droit commercial. Durant les vingt-cinq dernières années, la CNUDCI, composée d'États de toutes les régions se situant à tous les niveaux de développement économique, s'est acquittée de son mandat en élaborant des conventions internationales (les Conventions des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises, sur le transport de marchandises par mer (Règles de Hambourg), sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international et sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux), des Lois types (en plus de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services, les Lois types de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international et sur les virements internationaux), le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, le Règlement de conciliation de la CNUDCI et des guides juridiques (sur les contrats de construction, les opérations d'échanges compensés et les transferts électroniques de fonds).

[2] *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, Supplément n° 17* (A/49/17)

Objet du Guide

6. En élaborant et en adoptant la Loi type, la Commission a été consciente du fait que, pour les États qui modernisent leur législation des marchés, la Loi type serait un outil plus efficace si des informations de base et des explications étaient données aux gouvernements et aux parlements pour les aider à utiliser la Loi type. La Commission a aussi tenu compte de ce que la Loi type serait probablement utilisée par des pays peu familiers de ce type de procédures.

7. Les informations présentées dans le Guide visent à expliquer pourquoi les dispositions de la Loi ont été retenues à titre de caractéristiques minimales essentielles d'une législation moderne des marchés conçue en fonction des objectifs énoncés dans le préambule de la Loi. Ces informations peuvent aussi aider les États à exercer les options qu'offre la Loi type ainsi qu'à examiner, le cas échéant, les dispositions de la Loi qu'il conviendrait de modifier pour tenir compte de conditions propres à tel ou tel État. Par exemple, des options ont été offertes sur des questions dont il y avait particulièrement lieu de penser qu'elles seraient traitées différemment d'un État à l'autre, telles que la définition du terme "entité adjudicatrice", qui a des incidences sur le champ d'application de la Loi type; l'approbation par une autorité de tutelle de certaines décisions et certains actes essentiels de la procédure de passation de marchés; les méthodes de passation des marchés autres que l'appel d'offres dans des cas exceptionnels lorsqu'il s'agit de biens ou de travaux ou, lorsqu'il s'agit de services, les méthodes autres que la principale méthode de passation des marchés de services; et la forme des procédures de recours et les modes de réparation disponibles. En outre, étant donné que la Loi type est une loi "cadre" n'offrant qu'une ossature minimale consistant en des dispositions essentielles et prévoyant la publication d'une réglementation des marchés, le Guide recense et examine les domaines qui pourraient être traités par la réglementation plutôt que par la loi.

I. CARACTÉRISTIQUES PRINCIPALES DE LA LOI TYPE

A. Objectifs

8. Les objectifs de la Loi type, consistant à développer au maximum la concurrence, à assurer un traitement équitable à tous les entrepreneurs et fournisseurs candidats à un marché public et à développer la transparence et l'objectivité, sont essentiels si l'on veut promouvoir l'économie et l'efficacité dans la passation des marchés et supprimer les abus. En incorporant dans sa législation nationale les procédures prescrites dans la Loi type, un État peut instaurer un climat garantissant au public que l'acquéreur dépensera les fonds publics de manière responsable et en sera tenu comptable et obtiendra ainsi une contrepartie équitable; en outre, les parties offrant de vendre au gouvernement sauront qu'elles seront traitées équitablement.

B. Champ d'application de la Loi type

9. La Loi type telle qu'adoptée par la CNUDCI à sa vingt-septième session régit les marchés relatifs à des biens, à des travaux et à des services. Cela dit, le meilleur moyen d'en atteindre les objectifs est d'en assurer l'application la plus large possible. Ainsi, bien que la Loi type prévoie l'exclusion des marchés intéressant la défense ou la sécurité, ainsi que d'autres secteurs que l'État adoptant la Loi type peut spécifier dans la loi ou dans la réglementation des marchés, cet État peut décider de ne pas fixer, dans sa législation, de limites importantes au champ d'application de la Loi type. Afin de faciliter l'application la plus large possible de la Loi type, il est prévu au paragraphe 3 de l'article premier que,

même dans les secteurs exclus, il est loisible à l'entité adjudicatrice d'appliquer la Loi type. Il importe de noter que l'article 3 consacre le respect des obligations internationales de l'État au niveau intergouvernemental. Il prévoit que ces obligations internationales (par exemple, accords de prêt ou de subvention conclus avec des organismes d'assistance multilatérale ou bilatérale et fixant des conditions de procédure expresses pour la gestion des fonds en question; directives de groupements économiques régionaux d'intégration relatives à la passation des marchés) l'emportent sur la Loi type en cas de conflit.

10. La Loi type énonce les procédures que les entités adjudicatrices doivent suivre pour le choix des entrepreneurs et fournisseurs avec lesquels conclure un marché. La Loi type ne vise pas la phase d'exécution du marché. On n'y trouvera donc pas de dispositions sur des questions liées à l'exécution du marché telles que l'administration du marché, le règlement des litiges relatifs à son exécution ou la résiliation du marché. C'est à l'État qui adopte la Loi type qu'il appartient de veiller à ce qu'il y ait des lois et structures appropriées pour régler la phase d'exécution du processus de passation des marchés.

11. Pour tenir compte de certaines différences entre les marchés de biens et de travaux et les marchés de services, la Loi type énonce au chapitre IV un ensemble de procédures conçues spécifiquement pour les marchés de services. Les principales différences auxquelles il est fait référence au paragraphe 2 tiennent au fait que, contrairement aux marchés de biens et de travaux, les marchés de services supposent généralement la fourniture d'un objet intangible dont la qualité et le contenu exact peuvent être difficiles à évaluer. La qualité précise des services fournis peut dépendre, dans une large mesure, des compétences et des connaissances spécialisées des fournisseurs ou des entrepreneurs. Ainsi, le prix, qui est le principal critère retenu dans le processus d'évaluation pour les marchés de biens et de travaux, est souvent dans le cas des services jugé moins important, dans le processus d'évaluation et de sélection, que la qualité et la compétence des fournisseurs ou des entrepreneurs. Le chapitre IV a pour objet de prévoir des procédures reflétant ces différences.

C. Une loi-cadre à compléter par une réglementation des marchés

12. La Loi type vise à énoncer tous les principes et procédures essentiels à l'organisation des marchés dans les divers types de circonstances que pourront rencontrer les entités adjudicatrices. Toutefois, il s'agit d'une loi-cadre n'énonçant pas toutes les règles qu'il faudra sans doute adopter pour mettre en œuvre ces procédures dans un État. C'est pourquoi elle suppose l'adoption par les États d'une "réglementation des marchés" précisant dans le détail les procédures à suivre pour l'application des méthodes autorisées par la Loi type, compte tenu de la situation particulière ou de l'évolution de la situation dans chaque État — sans que soient compromis les objectifs de la Loi type.

13. On notera que la passation des marchés telle qu'elle est décrite dans la Loi type, outre qu'elle peut poser des problèmes de procédure qui devront être traités dans la réglementation des marchés, peut susciter certaines questions juridiques dont la réponse ne se trouvera pas nécessairement dans la Loi type, mais peut-être dans d'autres textes de loi, par exemple les règles applicables du droit administratif, du droit des contrats ou du droit pénal, ou les règles de procédure judiciaire.

D. Méthodes de passation des marchés prévues par la Loi type

14. La Loi type présente plusieurs méthodes de passation des marchés afin, d'une part, de permettre à l'entité adjudicatrice de s'adapter aux circonstances qu'elle pourrait rencontrer et, d'autre part, de tenir compte de la multiplicité des méthodes effectivement utilisées dans les différents États. L'État adoptant la Loi type peut ainsi escompter une application aussi large que possible de cette loi. Pour la Loi type, la règle, dans des circonstances normales, pour les marchés de biens ou de travaux, est l'appel d'offres, méthode de passation des marchés reconnue par tous comme la plus efficace pour promouvoir la concurrence, l'économie et l'efficacité, ainsi que les autres objectifs énoncés dans le préambule. Dans le cas des marchés de services, la Loi type prescrit "la principale méthode de passation des marchés de services" (chap. IV), qui est conçue de manière à donner l'importance voulue dans le processus d'évaluation aux qualifications et aux connaissances spécialisées des fournisseurs. Pour les cas exceptionnels dans lesquels l'appel d'offres n'est pas approprié ou est impossible pour les marchés de biens ou de travaux, la Loi type propose d'autres méthodes; elle le fait aussi pour les cas où le recours à la principale méthode de passation des marchés de services n'est pas approprié ou est impossible.

15. Cependant, ainsi qu'il est indiqué dans la note relative à l'article 18 de la Loi type, les États pourront choisir de ne pas incorporer toutes les autres méthodes de passation des marchés dans leur législation nationale. Un État adoptant la Loi type retiendra normalement la méthode de la sollicitation de prix et la méthode de la sollicitation d'une source unique, mais ne devra pas nécessairement incorporer toutes les méthodes prévues à l'article 19. En outre, étant donné que les procédures concernant les méthodes visées à l'article 19 sont semblables sur bien des points à celles prévues par la principale méthode de passation des marchés de services (chap. IV), l'État pourra choisir de ne pas étendre aux services une méthode de passation de marchés énoncée à l'article 19 qu'il aura incorporée dans les textes régissant la passation des marchés de biens et de travaux.

Appel d'offres

16. Parmi les caractéristiques essentielles de l'appel d'offres prévu dans la Loi type, il faut citer les éléments suivants : en principe, sollicitation sans restriction de la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs; description et spécification complètes, dans le dossier de sollicitation, des biens, travaux ou services à fournir, de manière que les fournisseurs et entrepreneurs aient une base commune pour préparer leurs offres; divulgation intégrale, aux fournisseurs ou aux entrepreneurs, des critères qui seront utilisés pour l'évaluation et la comparaison des offres et pour le choix de l'offre à retenir (c'est-à-dire, prix seulement ou combinaison du prix et d'autres critères techniques ou économiques); interdiction stricte de toute négociation entre l'entité adjudicatrice et des fournisseurs ou entrepreneurs à propos de la nature de leurs offres; ouverture publique des offres à la date limite de soumission des offres; et divulgation de toutes formalités requises pour l'entrée en vigueur du marché.

Principale méthode de passation des marchés de services

17. La principale méthode de passation des marchés de services (chap. IV) étant la méthode à utiliser en règle générale dans la passation de marchés de services, le chapitre IV contient des procédures de nature à promouvoir la concurrence, l'objectivité et la transparence, tout en tenant compte de l'importance fondamentale accordée aux qualifications et aux connaissances spécialisées des fournisseurs dans le processus d'évaluation. Les caractéristiques essentielles de la principale méthode de passation des marchés de services sont par exemple le fait que le nombre de fournisseurs et d'entrepreneurs n'est en règle générale pas restreint et que les critères d'évaluation des propositions, ainsi que la procédure de sélection retenue, parmi les trois possibles, sont divulgués dans la sollicitation de propositions. Selon la première procédure, qui est

énoncée à l'article 42, l'entité adjudicatrice met les propositions qui ont obtenu une note technique supérieure à un seuil fixé en concurrence directe au niveau des prix. La deuxième procédure de sélection (art. 43) permet à l'entité adjudicatrice de négocier avec les fournisseurs et les entrepreneurs, après quoi ces derniers soumettent leurs meilleures offres définitives, processus apparenté à la procédure de sollicitation de propositions figurant à l'article 48. Selon la troisième procédure de sélection (art. 44), l'entité adjudicatrice engage des négociations uniquement sur le prix avec le fournisseur ou l'entrepreneur qui a obtenu la note technique la plus élevée. Selon cette procédure, l'entité adjudicatrice peut négocier avec les autres fournisseurs ou entrepreneurs, à tour de rôle en fonction de la note obtenue, mais seulement après avoir achevé les négociations avec le fournisseur ou entrepreneur précédent — celui qui a obtenu la note plus élevée —, négociations qui, une fois achevées, ne peuvent être rouvertes.

Appel d'offres en deux étapes, sollicitation de propositions, négociation avec appel à la concurrence

18. Lorsque, dans la passation des marchés de biens et de travaux, l'entité adjudicatrice ne peut formuler de spécifications suffisamment précises ou définitives pour organiser un appel d'offres et dans d'autres circonstances particulières visées au paragraphe 1 de l'article 19, la Loi type offre trois options pouvant être incorporées dans la législation nationale. Il s'agit de l'appel d'offres en deux étapes, de la sollicitation de propositions et de la négociation avec appel à la concurrence. Celles de ces trois méthodes que l'État adoptant la Loi type a incorporées dans sa législation peuvent aussi être utilisées pour les marchés de services. Toutefois, pour que puisse être utilisée une de ces méthodes, il faut que soient réunies les conditions voulues. Ces trois méthodes de passation des marchés ont été retenues car les pratiques varient quant à la méthode à utiliser dans les circonstances susmentionnées. Une situation dans laquelle l'entité adjudicatrice est dans l'impossibilité de formuler des spécifications précises ou définitives se rencontre dans deux types de cas : premièrement, lorsque l'entité adjudicatrice n'a pas déterminé de quelle manière exactement répondre à un besoin particulier et sollicite donc des propositions entre diverses solutions possibles (par exemple lorsqu'elle n'a pas décidé du type de matériau à utiliser pour construire un pont); deuxièmement, lorsque le marché porte sur des biens faisant appel à des techniques de pointe, comme de gros avions de transport de passagers ou des équipements informatiques complexes. Dans ce dernier cas exceptionnel, du fait de la complexité technique des biens, il peut être jugé peu souhaitable, si l'on désire obtenir le meilleur rapport qualité-prix, d'agir sur la base de spécifications élaborées en l'absence de toute négociation avec les fournisseurs et entrepreneurs quant aux capacités exactes et aux modifications possibles des biens ou travaux offerts.

19. Il n'y a pas d'ordre hiérarchique entre les trois méthodes énoncées à l'article 19; un État qui devrait incorporer au moins l'une de ces méthodes peut choisir de ne pas les incorporer toutes dans sa législation sur la passation des marchés. Les trois méthodes ont ceci en commun qu'elles donnent à l'entité adjudicatrice la possibilité de négocier avec des fournisseurs et entrepreneurs afin de fixer les spécifications techniques et les conditions du marché, mais elles font appel à des procédures différentes pour choisir un fournisseur ou un entrepreneur.

20. Durant la première étape de l'appel d'offres en deux étapes, l'entité adjudicatrice a la possibilité de solliciter diverses propositions relatives aux caractéristiques techniques, qualitatives ou autres du marché ainsi qu'aux conditions contractuelles de son exécution. Après achèvement de cette première étape, l'entité adjudicatrice fixe définitivement les spécifications à remplir et, dans la deuxième étape, elle organise, sur la base de ces spécifications, une procédure ordinaire d'appel d'offres soumise aux règles énoncées dans le chapitre III de la Loi type. La sollicitation de propositions est une procédure par laquelle l'entité adjudicatrice approche en général un nombre limité de fournisseurs ou d'entrepreneurs et sollicite de leur part diverses propositions, négocie avec eux la possibilité d'apporter des modifications à la teneur de leurs propositions, leur demande leur "meilleure offre définitive" puis évalue et compare ces meilleures offres définitives conformément aux critères d'évaluation divulgués d'avance, dont le poids relatif et le mode d'application ont aussi été divulgués d'avance aux fournisseurs ou aux entrepreneurs. Contrairement à l'appel d'offres en deux étapes, la sollicitation de propositions ne prévoit à aucun moment que l'entité adjudicatrice organise une procédure d'appel d'offres. La négociation avec appel à la concurrence diffère à la fois de l'appel d'offres en deux étapes et de la sollicitation de propositions en ceci qu'elle est une méthode de passation des marchés assez peu structurée pour laquelle la Loi type prévoit par conséquent peu de procédures et règles précises indépendamment de celles qu'on trouve dans les dispositions générales applicables. La Loi type prévoit aussi, au paragraphe 2 de l'article 19, que la négociation avec appel à la concurrence peut être utilisée dans des cas d'urgence au lieu de la procédure de sollicitation d'une source unique (voir le paragraphe 4 du commentaire à l'article 19).

Appel d'offres restreint

21. Pour deux catégories de cas exceptionnels, la Loi type propose l'appel d'offres restreint, méthode de passation des marchés qui ne diffère de l'appel d'offres qu'en ceci qu'elle permet à l'entité adjudicatrice de ne solliciter d'offres qu'auprès d'un nombre limité de fournisseurs ou d'entrepreneurs. Il s'agit du cas où, en raison de leur caractère techniquement complexe ou spécialisé, les biens, les travaux ou les services ne sont disponibles qu'auprès d'un nombre limité de fournisseurs, et du cas où le marché porte sur une si faible valeur qu'il convient, pour des raisons d'économie et d'efficacité, de restreindre le nombre d'offres que l'entité adjudicatrice doit prendre en considération.

Sollicitation de prix, sollicitation d'une source unique

22. Pour les achats de marchandises ou services normalisés d'un prix peu élevé, la Loi type propose la méthode de sollicitation de prix, qui prévoit une procédure simplifiée et accélérée adaptée aux montants relativement faibles en jeu. Selon cette méthode, parfois dite "sélective" dans la pratique, l'entité adjudicatrice sollicite des prix auprès d'un petit nombre de fournisseurs et choisit l'offre la plus basse. Enfin, dans des circonstances exceptionnelles, par exemple dans des cas d'urgence dus à des événements catastrophiques ou si les marchandises, les travaux ou les services ne sont disponibles qu'auprès d'un seul fournisseur ou entrepreneur, la Loi type propose la méthode de la sollicitation d'une source unique.

E. Qualifications des fournisseurs et entrepreneurs

23. La Loi type comprend des dispositions visant à faire en sorte que les fournisseurs et entrepreneurs avec lesquels l'entité adjudicatrice passe un marché soient qualifiés pour exécuter le marché qui leur est confié et à instaurer un climat propice à l'équité et à la participation de fournisseurs et entrepreneurs qualifiés à la procédure de passation des marchés. L'article 6 exige que, quelle que soit la méthode utilisée, les fournisseurs et les entrepreneurs soient qualifiés pour passer un marché; de plus, il spécifie les critères et procédures que l'entité adjudicatrice peut appliquer pour évaluer les qualifications des fournisseurs et entrepreneurs, exige que soient préalablement divulgués aux fournisseurs et entrepreneurs les critères qui seront utilisés pour évaluer leurs qualifications, et exige que les mêmes critères soient appliqués à tous les fournisseurs ou entrepreneurs qui participent à la procédure de passation des marchés. Ces dispositions visent à assurer l'égalité de traitement et

à éviter tout arbitraire, mais l'entité adjudicatrice jouit d'assez de latitude pour déterminer dans quelle mesure exactement il y a lieu d'examiner les qualifications dans une procédure donnée de passation des marchés. Outre ces dispositions de base sur les qualifications, la Loi type prévoit des procédures pour la présélection des fournisseurs et entrepreneurs au début de la procédure de passation des marchés ainsi que pour la confirmation ultérieure des qualifications des fournisseurs et entrepreneurs présélectionnés.

F. Dispositions sur la participation internationale à la procédure de passation des marchés

24. Conformément au mandat de la CNUDCI, qui est de promouvoir le commerce international, et à l'idée sous-jacente à la Loi type, à savoir que plus la concurrence sera large, plus grande sera la valeur reçue en contrepartie des dépenses faites au moyen des deniers publics, la Loi type dispose qu'en principe les fournisseurs et entrepreneurs doivent être autorisés à participer à la procédure de passation des marchés sans distinction de nationalité et que les fournisseurs et entrepreneurs étrangers ne devraient pas faire par ailleurs l'objet de discrimination. Dans les contextes de la procédure d'appel d'offres et de la principale méthode de passation des marchés de services, cette règle générale est mise en application grâce à un certain nombre de procédures visant, par exemple, à faire en sorte que les invitations à soumettre une offre ou des propositions et les invitations à présenter une demande de présélection soient publiées de manière à être reçues et comprises par une communauté internationale de fournisseurs et d'entrepreneurs.

25. La Loi type reconnaît en même temps que, dans certains cas, les États peuvent souhaiter restreindre la participation étrangère afin notamment de protéger certains secteurs économiques vitaux de leur capacité industrielle contre les effets délétères d'une concurrence étrangère débridée. Ces restrictions sont subordonnées à la condition énoncée au paragraphe 1 de l'article 8 selon laquelle l'entité adjudicatrice ne devrait imposer de restriction que pour des motifs spécifiés dans la réglementation des marchés ou conformément à d'autres dispositions législatives. Cette condition a pour objet de promouvoir la transparence et d'empêcher toute restriction arbitraire et excessive de la participation étrangère. La référence, dans l'article 8, à l'exclusion de fournisseurs ou entrepreneurs selon des critères de nationalité en vertu de dispositions de la réglementation des marchés ou d'autres dispositions législatives, appuyée par l'article 3 sur la primauté des obligations internationales de l'État, permet également à la Loi type de tenir compte des cas où les fonds utilisés sont fournis en vertu d'un arrangement d'aide bilatérale liée. Un tel arrangement exigerait que les marchés financés par ces fonds soient passés avec des fournisseurs et entrepreneurs du pays donateur. De même, on admet par là les restrictions selon des critères de nationalité dans le cas, par exemple, des groupements économiques régionaux d'intégration qui accordent le traitement national aux fournisseurs et entrepreneurs des autres États membres du groupement, ainsi que les restrictions dues à des sanctions économiques imposées par le Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies.

26. Il est à noter que les articles 34-4 *d* et 39-2 de la Loi type prévoient le recours à la technique dénommée "marge de préférence" en faveur des fournisseurs et entrepreneurs locaux. Grâce à cette technique, la Loi type offre à l'État un mécanisme permettant d'établir un équilibre entre deux objectifs : la participation internationale à la procédure de passation des marchés et la promotion des capacités industrielles nationales, sans pour autant recourir à une procédure purement nationale de passation des marchés. La marge de préférence permet à l'entité adjudicatrice de retenir l'offre ou, dans le cas des services, la proposition la plus basse d'un fournisseur ou entrepreneur local lorsque la différence de prix entre cette offre ou proposition et l'offre ou proposition la plus basse dans l'absolu ne dépasse pas cette marge. Elle permet à l'entité adjudicatrice de favoriser les fournisseurs et entrepreneurs locaux capables de s'approcher de prix compétitifs sur le plan international, et ce, sans exclure purement et simplement la concurrence étrangère. Il importe de ne pas permettre un isolement total à l'égard de la concurrence étrangère, afin de ne pas perpétuer un faible degré d'efficacité, d'économie et de compétitivité dans les secteurs concernés de l'industrie nationale. Par conséquent, la marge de préférence peut être un moyen souhaitable d'encourager la compétitivité des fournisseurs et entrepreneurs locaux, appelés non seulement à pourvoir efficacement et économiquement aux besoins de l'entité adjudicatrice en matière de passation des marchés mais aussi à constituer une source d'exportations compétitives.

27. Indépendamment des cas où une procédure nationale de passation des marchés s'impose en raison des exigences juridiques visées au paragraphe 25, cas dans lesquels l'entité adjudicatrice peut ne pas appliquer les mesures spéciales prévues par la Loi type pour faciliter la participation internationale, la Loi type permet aussi à l'entité adjudicatrice de ne pas appliquer ces procédures dans le cas des marchés de faible valeur qui ne sont pas de nature à intéresser les fournisseurs ou entrepreneurs étrangers. La Loi type reconnaît en même temps que, dans ce cas, l'entité adjudicatrice n'aurait aucun intérêt juridique ou économique à exclure la participation des fournisseurs et entrepreneurs étrangers puisqu'une exclusion globale de la participation étrangère aux marchés de ce type risquerait de priver sans nécessité l'entité adjudicatrice de la possibilité d'obtenir un meilleur prix. Il est à noter que le seuil à utiliser pour déterminer si un marché est de faible valeur peut être plus élevé dans le cas des biens et travaux que dans le cas des services.

G. Exigence d'une approbation préalable pour le recours à des procédures exceptionnelles

28. La Loi type dispose que certains actes et décisions importants de l'entité adjudicatrice, en ce qui concerne en particulier le recours à des procédures exceptionnelles (par exemple, pour les marchés de biens et de travaux, le recours à une méthode de passation des marchés autre que l'appel d'offres, ou, pour les services, le recours à une méthode autre que la principale méthode de passation des marchés de services ou que l'appel d'offres), devront être approuvés au préalable par une autorité de tutelle. Ce système d'approbation préalable permet de détecter les erreurs et les problèmes avant que certaines mesures et décisions définitives ne soient prises. En outre, il peut contribuer à uniformiser davantage le système national de passation des marchés, notamment lorsque l'État dispose d'un système de passation des marchés décentralisé. Toutefois, l'exigence d'une approbation préalable est présentée dans la Loi type comme une option. En effet, le système d'approbation préalable n'est pas en usage dans tous les pays, notamment lorsque le contrôle des pratiques en matière de passation des marchés est essentiellement assuré par le biais de la vérification des comptes.

29. Les références dans la Loi type à l'exigence d'une approbation préalable laissent l'État libre de désigner l'organe ou les organes chargés de donner les approbations voulues. L'autorité exercée, de même que l'organe exerçant la fonction d'approbation peuvent être différents. Cette fonction peut être confiée à un organe ou à une autorité totalement indépendants de l'entité adjudicatrice (par exemple le Ministère des finances ou du commerce, ou une commission centrale des marchés), ou elle peut être confiée à un organe de supervision distinct appartenant à l'entité adjucatrice elle-même. Dans les cas où les entités adjudicatrices ne relèvent pas de la structure gouvernementale ou administrative de l'État, par exemple certaines entreprises commerciales appartenant à l'État, les États pourront juger préférable que la fonction d'approbation soit exercée par un organe ou une autorité faisant partie de la structure administrative ou gouvernementale, afin de veiller à ce qu'il soit donné effet aux politiques nationales que vise à promouvoir la Loi type. Quoi qu'il en soit, il importe que l'organe ou

l'autorité puissent exercer leurs fonctions de manière impartiale et efficace et qu'ils soient suffisamment indépendants des personnes ou services participant à la procédure de passation d'un marché. Il semble préférable que la fonction d'approbation soit exercée par un comité, plutôt que par une seule personne.

H. Procédures de recours

30. Une importante garantie du respect des règles relatives à la passation des marchés est que les fournisseurs et entrepreneurs ont un droit de recours contre les actes de l'entité adjudicatrice qui enfreignent ces règles. Ces procédures, énoncées au chapitre VI, contribuent à faire de la Loi type un instrument qui, dans une large mesure, est autocontrôlé; en effet, elles offrent une voie de recours aux fournisseurs et entrepreneurs, qui ont un intérêt naturel à s'assurer que les entités adjudicatrices respectent les dispositions de la Loi type.

31. La Loi type reconnaît qu'en raison de considérations tenant à la nature et à la structure des systèmes juridiques et administratifs, étroitement liées à la question du contrôle des actes du gouvernement, les États pourraient, à des degrés divers, juger bon d'adapter les articles du chapitre VI en fonction de ces considérations. Aussi les dispositions concernant les procédures de recours sont-elles plus sommaires que les autres parties de la Loi type. Ce qui importe avant tout, c'est que, quelle que soit la forme de ces procédures, la possibilité d'exercer un recours effectif soit offerte dans des conditions adéquates. On reconnaît en outre que l'État peut utiliser les articles de la Loi type relatifs aux recours dans le simple but d'évaluer les procédures de recours en vigueur.

32. Ces articles commencent par disposer que les fournisseurs et entrepreneurs ont le droit d'introduire un recours. Ce recours doit, en première instance, être porté devant l'entité adjudicatrice elle-même, en particulier si le marché n'a pas encore été attribué. Cette phase initiale a été introduite pour des raisons d'économie et d'efficacité; en effet, dans de nombreux cas, l'entité adjudicatrice peut, surtout si le marché n'a pas encore été attribué, être tout à fait disposée à rectifier des erreurs de procédure dont elle n'a peut-être même pas connaissance. La Loi type prévoit aussi qu'un recours peut être porté devant les instances administratives supérieures lorsqu'une telle procédure est compatible avec le système constitutionnel, administratif et judiciaire. Enfin, la Loi type reconnaît le droit à un recours judiciaire, mais elle n'entre pas dans les questions de procédure judiciaire, pour lesquelles elle s'en remet aux dispositions applicables du droit interne.

33. Afin de maintenir un équilibre utile entre, d'une part, la nécessité de sauvegarder les droits des fournisseurs et entrepreneurs ainsi que l'intégrité de la procédure de passation des marchés et, d'autre part, la nécessité de limiter les risques de perturbation de cette procédure, le chapitre VI assujettit les procédures de recours qu'il établit à un certain nombre de restrictions. Celles-ci comprennent la limitation aux fournisseurs et entrepreneurs du droit de recours prévu dans la Loi type; la prescription de délais pour le dépôt des réclamations et pour le règlement des affaires, y compris toute suspension de la procédure de passation du marché pouvant intervenir au niveau du recours administratif; l'inapplicabilité des procédures de recours à un certain nombre de décisions qui sont laissées à la discrétion de l'entité adjudicatrice et ne soulèvent pas directement de questions ayant trait à l'égalité de traitement reconnue aux fournisseurs et entrepreneurs (par exemple, le choix d'une méthode de passation des marchés; la limitation de la participation à la procédure de passation des marchés selon des critères de nationalité conformément à l'article 8).

I. Exigence d'un procès-verbal

34. L'un des principaux moyens de promouvoir le respect des procédures énoncées dans la Loi type et la responsabilité financière de l'entité adjudicatrice vis-à-vis des organes de tutelle, des fournisseurs et entrepreneurs et du public en général est d'exiger, comme le fait l'article 11, que l'entité adjudicatrice établisse un procès-verbal où elle consigne les principales décisions et mesures qu'elle prend au cours de la procédure de passation des marchés. L'article 11 précise les éléments d'information qui doivent figurer dans le procès-verbal. Il spécifie aussi quelle partie du procès-verbal doit, du moins selon la Loi type, être communiquée à toute personne qui le demande, et quelle partie ne peut être communiquée qu'aux fournisseurs et entrepreneurs.

J. Autres dispositions

35. La Loi type comprend aussi diverses autres dispositions destinées à en promouvoir les objectifs et les procédures. Ces dispositions traitent entre autres des questions suivantes : accès aux lois et règlements relatifs aux marchés; forme des communications entre l'entité adjudicatrice et les fournisseurs et entrepreneurs; pièces fournies par les fournisseurs et entrepreneurs au sujet de leurs qualifications; publication de l'avis d'attribution du marché; rejet obligatoire d'une offre en cas d'incitations illicites proposées par des fournisseurs ou entrepreneurs; manière de formuler des spécifications pour les biens ou les travaux requis; langue à utiliser pour les documents sollicitant des offres, des propositions ou des prix; procédures à suivre selon les diverses méthodes de passation des marchés que propose la Loi type (par exemple, pour la procédure d'appel d'offres : teneur du dossier de sollicitation; garanties de soumission; ouverture des offres; examen, évaluation et comparaison des offres; rejet de toutes les offres et entrée en vigueur du marché).

K. Structure administrative requise pour l'application de la Loi type

36. La Loi type n'énonce que les procédures à suivre pour le choix des entrepreneurs ou fournisseurs avec lesquels le marché sera conclu. 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.

37. Outre la désignation de l'organe ou de l'autorité chargés de donner les approbations mentionnées aux paragraphes 25 et 26 ci-dessus, l'État adoptant la Loi type pourra juger souhaitable d'impartir les fonctions liées à la supervision et au contrôle d'ensemble de la passation des marchés auxquels s'applique la Loi type. Toutes ces fonctions pourront être confiées à un organe ou une autorité uniques (par exemple au Ministère des finances ou du commerce, ou à une commission centrale des marchés), ou être réparties entre deux organes ou autorités ou plus. Ces fonctions peuvent consister en la totalité ou une partie des fonctions mentionnées ci-dessous :

a) *Contrôle de l'application générale de la législation et de la réglementation des marchés.* Cette fonction peut consister, par exemple, à publier une réglementation des marchés, à contrôler l'application de la législation et de la réglementation des marchés, à faire des recommandations en vue de leur amélioration et à interpréter la législation. Dans certains cas, par exemple pour des marchés de valeur élevée, l'organe peut être habilité à contrôler la procédure de passation des marchés, afin de s'assurer qu'elle est conforme à la Loi type et à la réglementation des marchés, avant que le marché ne puisse entrer en vigueur.

b) *Rationalisation et normalisation de la passation des marchés et des pratiques en la matière.* Il peut s'agir, par exemple, de coordonner la passation de marchés par les entités adjudicatrices et d'élaborer des documents relatifs aux marchés, des spécifications et des conditions contractuelles normalisées.

c) *Contrôle de la passation des marchés et du fonctionnement de la législation et de la réglementation des marchés, compte tenu des grandes orientations politiques nationales.* Il peut s'agir, par exemple, d'étudier les incidences des marchés sur l'économie nationale, de donner des conseils sur les effets de certains marchés sur les prix et sur d'autres facteurs économiques et de vérifier qu'un marché donné s'inscrit dans le cadre des politiques et programmes nationaux. L'organe ou l'autorité peuvent être chargés d'approuver la passation d'un marché donné avant le début de la procédure.

d) *Formation des agents chargés des marchés.* L'organe ou l'autorité peuvent également être responsables de la formation des agents chargés des marchés et d'autres fonctionnaires participant à l'administration du système de passation des marchés.

38. L'organe ou l'autorité chargés d'exercer des fonctions d'administration et de tutelle dans un État donné et le mandat précis confié à l'organe ou à l'autorité dépendront notamment des systèmes gouvernemental, administratif et juridique de l'État, systèmes qui varient beaucoup d'un pays à l'autre. Le système de contrôle administratif de la passation des marchés devrait être structuré compte tenu des objectifs d'économie et d'efficacité, car des systèmes excessivement coûteux ou lourds, soit pour l'entité adjudicatrice, soit pour les participants à la procédure, ou les systèmes retardant indûment la passation des marchés iraient à l'encontre du but recherché. En outre, un contrôle excessif des décisions prises par les fonctionnaires responsables de la procédure de passation des marchés risquerait d'entraver l'action de ces derniers.

39. On notera qu'un État adoptant la Loi type ne s'engage pas par là même à mettre sur pied une structure administrative donnée, non plus qu'il ne s'engage à augmenter les dépenses du secteur public.

40. Il est à noter qu'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, notamment dans les pays en développement, sont traitées dans le Guide n° 23 *(Improving Public Procurement Systems)* publié par le Centre du commerce international CNUCED/GATT (Genève).

L. Assistance du secrétariat de la CNUDCI

41. Dans le cadre de ses activités de formation et d'assistance, le secrétariat de la CNUDCI peut fournir une assistance technique aux gouvernements élaborant une législation fondée sur la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services, comme il le fait pour des gouvernements envisageant d'adopter une législation fondée sur d'autres lois types de la CNUDCI, ou souhaitant adhérer à une des conventions de droit commercial international établies par la CNUDCI.

42. Le Secrétariat, dont l'adresse est indiquée ci-dessous, est tout disposé à donner davantage de renseignements concernant la Loi type sur la passation des marchés, ainsi que sur le Guide et sur d'autres lois types et conventions établies par la CNUDCI. Il accueillera avec satisfaction toutes observations relatives à la Loi type et au Guide, ainsi que tous renseignements concernant l'adoption d'une législation fondée sur la Loi type.

Service du droit commercial international
Bureau des affaires juridiques, Organisation des Nations Unies
Centre international de Vienne, B.P. 500
A-1400 Vienne (Autriche)
Téléscripteur : 135612 uno a
Télécopieur : (43-1) 237-485
Téléphone : (43-1) 21345-4060

II. OBSERVATIONS ARTICLE PAR ARTICLE

Préambule

Si l'on a inclus dans la Loi type un énoncé des objectifs, c'est pour en faciliter l'interprétation et l'application. Cet énoncé des objectifs ne crée pas en soi de droits ou obligations quant au fond pour l'entité adjudicatrice ou les entrepreneurs ou fournisseurs. Dans les États où il n'est pas d'usage d'inclure des préambules, il est recommandé que cet énoncé soit incorporé dans les dispositions mêmes de la loi.

Chapitre premier. Dispositions générales

Article premier. Champ d'application

1. L'article premier a pour objet de délimiter le champ d'application de la Loi type. L'approche retenue consiste à prévoir qu'en principe tous les types de passation de marchés seront régis par la Loi type, mais, dans le même temps, à reconnaître que l'État adoptant la Loi type pourra souhaiter exclure certains types de marchés. Cette disposition limite les exclusions aux cas prévus soit par la Loi elle-même, soit par une réglementation. Ainsi, les exclusions ne pourront être secrètes ou officieuses. Afin d'élargir autant que possible le champ d'application de la Loi type, le paragraphe 3 de l'article premier permet une application complète ou partielle de la Loi type même aux secteurs exclus. Il est aussi à noter que, bien que le paragraphe 2 *a* de l'article premier exclue la passation de marchés intéressant la défense ou la sécurité nationale, la Loi type ne doit pas être interprétée comme signifiant qu'un État disposé en principe à appliquer la Loi type à ces marchés devrait s'en abstenir.

2. Il est recommandé que le champ d'application de la Loi type soit aussi large que possible. Il faudrait s'attacher à éviter de limiter le champ d'application de la Loi type par le biais de la réglementation des marchés, car les exclusions au moyen de mesures administratives plutôt que législatives risquent d'avoir des incidences néfastes sur les objectifs de la Loi type. En outre, vu la grande diversité des procédures utilisables en application de la Loi type pour s'adapter aux différents types de situations pouvant se produire dans la passation des marchés, on aura sans doute rarement à exclure lesdites procédures. Les États qui excluent l'application de la Loi type par le biais de la réglementation des marchés devraient prendre note de l'article 5.

Article 2. Définitions

1. La Loi type régit essentiellement les marchés passés par des services gouvernementaux et autres entités et entreprises du secteur public. Les entités visées différeront d'un État à l'autre en fonction de la répartition des compétences législatives entre les différents niveaux de gouvernement. C'est pourquoi l'alinéa *b* i, où est défini le terme "entité adjudicatrice", présente des options concernant les niveaux de gouvernement à prendre en compte. L'option I place dans le champ d'application de la Loi type tous les départements, organismes, organes et autres services gouvernementaux de l'État se rattachant au gouvernement central, ainsi qu'aux subdivisions provinciales, locales ou autres de l'État. Cette option serait adoptée par les États non fédéraux et par les États fédéraux pouvant légiférer pour leurs subdivisions. L'option II serait adoptée par les États n'adoptant la Loi type que pour des organes du gouvernement national.

2. Conformément à l'alinéa *b* ii, l'État adoptant la Loi type peut en étendre l'application à certaines entités ou entreprises qui ne sont pas considérées comme faisant partie de la structure gouvernementale de l'État s'il juge souhaitable qu'elles passent leurs

marchés conformément à la Loi type. Pour décider quelles entités, le cas échéant, seront régies par la Loi type, l'État pourra tenir compte notamment des facteurs suivants :

a) Le gouvernement fournit-il des fonds publics substantiels à l'entité, fournit-il une garantie ou tout autre type de sûreté visant à garantir un paiement dû par l'entité dans le cadre du marché, ou prend-il en charge de toute autre manière les obligations contractées par l'entité adjudicatrice en vertu du marché ?

b) L'entité est-elle gérée ou contrôlée par le gouvernement ou le gouvernement participe-t-il à la gestion ou au contrôle de l'entité ?

c) Le gouvernement accorde-t-il à l'entité une licence exclusive, un monopole ou un quasi-monopole pour la vente des biens qu'elle offre ou des services qu'elle fournit ?

d) L'entité doit-elle rendre des comptes au gouvernement ou au trésor public en ce qui concerne sa rentabilité ?

e) Un accord international ou toute autre obligation internationale de l'État a-t-il des incidences sur le marché proposé par l'entité ?

f) L'entité a-t-elle été créée en application d'une mesure législative spéciale, afin de s'acquitter de fonctions à une fin déterminée par la loi et les règles de droit public applicables normalement aux marchés publics s'appliquent-elles aux marchés conclus par l'entité ?

3. Aux alinéas *c* et *e*, il est indiqué entre parenthèses, à la fin des définitions des mots "biens" et "services", que l'État voudra peut-être mentionner expressément, dans ces définitions, les catégories d'articles qui seront considérés comme des biens ou des services, selon le cas, et dont le classement risquerait autrement de ne pas être clair. On a voulu par là préciser ce qui doit être considéré comme des "biens" ou "services" et le but n'est donc pas de limiter le champ d'application de la Loi type, ce qui peut être fait par le biais de l'article 1er-2 *b*. L'État adoptant la loi peut juger souhaitable un tel degré de précision, compte tenu en particulier de la définition non limitative du terme services. Par exemple, il voudra peut-être préciser la définition dans laquelle rentre un travail d'imprimerie, ou le classement d'autres articles, tels que des biens immobiliers, qui pourraient être assujettis à la législation sur la passation des marchés mais dont le classement n'apparaît pas clairement.

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

1. L'État peut être soumis à des accords ou obligations internationaux en matière de passation des marchés. Par exemple, un certain nombre d'États sont parties à l'Accord du GATT sur les marchés publics et les membres de l'Union européenne sont liés par des directives relatives aux marchés publics. De même, les membres de groupements économiques régionaux dans d'autres régions du monde peuvent devoir appliquer des directives en matière de marchés publics qui ont été adoptées par leur groupement régional. En outre, de nombreux organismes internationaux de prêt et organismes nationaux de financement du développement ont établi des directives ou règles régissant les marchés passés avec des fonds fournis par eux. Dans les accords de prêt ou de financement conclus avec ces organismes, les pays emprunteurs ou bénéficiaires s'engagent à passer les marchés financés au moyen des fonds obtenus conformément auxdites directives ou règles. Les alinéas *a* et *b* ont pour objet de spécifier que les conditions de l'accord international, ou toute autre obligation internationale à l'échelon intergouvernemental seront appliquées, mais que, à tous autres égards, la passation des marchés sera régie par la Loi type.

2. La disposition optionnelle énoncée à l'alinéa *c* permet à un État fédéral adoptant la Loi type de donner la priorité sur la Loi type aux accords intergouvernementaux concernant les questions régies par la Loi type conclus entre le gouvernement fédéral et une ou plusieurs subdivisions de l'État, ou entre deux de ces subdivisions ou plus. Une telle clause pourra être utilisée dans les États où le gouvernement national n'est pas habilité à légiférer pour ces subdivisions dans les domaines régis par la Loi type.

Article 4. Réglementation des marchés

1. Comme il est noté aux paragraphes 7 et 12 de la section I du Guide, la Loi type est une "loi-cadre", énonçant les règles juridiques fondamentales régissant les marchés publics qui doivent être complétées par une réglementation promulguée par l'organe ou autorité approprié de l'État adoptant la Loi type. La technique de la "loi-cadre" permet à l'État d'adapter les règles détaillées régissant les procédures de passation de marchés à ses propres besoins et à sa propre situation, dans le cadre général établi par la Loi. Ainsi, diverses dispositions de la Loi type doivent expressément être complétées par la réglementation des marchés. En outre, l'État pourra décider de compléter d'autres dispositions de la Loi type, même s'il n'y est pas fait expressément référence à la réglementation des marchés. Dans ces deux cas, la réglementation devrait être conforme à la Loi type.

2. Les procédures pour lesquelles il serait utile d'élaborer des règles plus détaillées dans le cadre de la réglementation des marchés sont notamment les suivantes : application de la Loi type aux secteurs exclus (art. 1er-2); procédure de présélection (art. 7-3 *v*); mode de publication de l'avis d'attribution du marché (art. 14); limitation (à ce qui est requis pour faire face aux circonstances) du volume du marché passé en cas d'urgence au moyen d'une méthode autre que l'appel d'offres; détails concernant les procédures de sollicitation des offres ou des demandes de présélection (art. 24); et conditions régissant la préparation et la soumission des offres (art. 27 *z*); et, dans la passation des marchés de services, règles destinées à préserver les conflits d'intérêts lorsqu'il est décidé de recourir à la sollicitation d'une source unique pour des raisons de compatibilité avec les services précédents.

3. Dans certains cas, le défaut de publication d'une réglementation des marchés, lorsque cette réglementation est mentionnée dans la Loi type, peut priver l'entité adjudicatrice du pouvoir de prendre les mesures en question. Ces cas sont les suivants : limitation de la participation à la procédure de passation de marchés selon des critères de nationalité (art. 8-1); utilisation de la procédure de sollicitation de prix, car celle-ci ne peut être appliquée que pour les marchés dont la valeur est inférieure au seuil fixé dans la réglementation des marchés (art. 21); et pouvoirs de l'entité adjudicatrice et procédures à appliquer en ce qui concerne l'octroi d'une marge de préférence aux fournisseurs ou entrepreneurs nationaux (art. 34-4 *d* et 39-2).

Article 5. Accès aux textes juridiques relatifs aux marchés

1. Cet article vise à promouvoir la transparence des lois, règlements et autres textes juridiques concernant les marchés en disposant que ces textes doivent être accessibles au public. L'inclusion de cet article peut être jugée importante, non seulement dans les États où cette condition n'est pas déjà énoncée dans les règles de droit administratif en vigueur, mais aussi dans les États où cette condition est déjà imposée par la loi applicable. Dans ce dernier cas, l'organe législatif pourra juger qu'une disposition énoncée dans la législation des marchés elle-même contribuera à attirer l'attention tant des entités adjudicatrices que des fournisseurs et entrepreneurs sur cette exigence d'un accès du public, dans des conditions appropriées, aux textes juridiques traitant des procédures de passation de marchés.

2. Dans de nombreux pays, il existe des journaux officiels dans lesquels sont habituellement publiés les lois, règlements et déci-

sions et directives administratives. Les textes visés dans le présent article pourraient être publiés dans ces journaux. Lorsqu'il n'existe pas de publications pour une ou plusieurs de ces catégories de textes, les textes devraient être promptement portés à la connaissance du public, notamment des fournisseurs et entrepreneurs étrangers, de toute autre manière appropriée.

Article 6. Qualifications des fournisseurs et entrepreneurs

La fonction et les grandes lignes de l'article 6 ont été notées au paragraphe 23 de la section I du Guide. Le paragraphe 1 *b* v de l'article 6 fait référence à la disqualification d'entrepreneurs et fournisseurs à la suite d'une procédure administrative de suspension ou de radiation. De telles procédures administratives — dans le cadre desquelles les présumés coupables devraient bénéficier de certains droits en matière de procédure, notamment la possibilité de réfuter les accusations — sont souvent mises en œuvre pour suspendre ou radier des fournisseurs et entrepreneurs jugés coupables d'une faute (comptabilité erronée, non-exécution d'obligations contractuelles ou fraude). Il est à noter que la Loi type laisse à l'État le soin de fixer la période durant laquelle un délit pénal du type visé au paragraphe 1 *b* v devrait avoir pour effet d'exclure un fournisseur ou un entrepreneur de la procédure de passation des marchés.

Article 7. Procédure de présélection

1. La procédure de présélection a pour objet d'éliminer, dès les premières étapes de la passation d'un marché, les fournisseurs et entrepreneurs qui n'ont pas les qualifications requises pour exécuter le marché. Cette procédure peut être particulièrement utile pour les marchés concernant des biens ou travaux complexes ou ayant une valeur élevée; elle est aussi parfois à conseiller pour des marchés d'une valeur relativement faible, mais portant sur des biens ou travaux très spécialisés. En effet, dans ces cas, l'évaluation et la comparaison des offres ou propositions sont beaucoup plus longues, compliquées et onéreuses. Le recours à la procédure de présélection peut réduire le nombre d'offres ou propositions que l'entité adjudicatrice devra évaluer et comparer. En outre, les entrepreneurs et fournisseurs compétents sont parfois réticents à l'idée de se porter candidat à un marché à forte valeur, lorsque le coût de la préparation de leur soumission, proposition ou offre est élevé, si les concurrents sont très nombreux et s'ils doivent affronter des soumissions, propositions ou offres fantaisistes émanant d'entrepreneurs ou fournisseurs peu qualifiés ou de mauvaise réputation.

2. La procédure de présélection énoncée à l'article 7 est assortie d'un certain nombre d'importantes garanties. En particulier, cette procédure est soumise aux limitations énoncées à l'article 6, notamment pour ce qui est de l'évaluation des qualifications, et aux procédures énoncées aux paragraphes 2 à 7 de l'article 7. Cet ensemble de garanties a été incorporé, afin que la procédure de préqualification ne puisse être appliquée qu'à des conditions non discriminatoires, portées intégralement à la connaissance des fournisseurs ou entrepreneurs participants, assurant au moins le minimum de transparence requis et facilitant l'exercice par un entrepreneur ou fournisseur non sélectionné de son droit de recours.

3. L'objet du paragraphe 8 de l'article 7 est de prévoir une confirmation, à un stade ultérieur de la procédure de passation du marché, des qualifications des entrepreneurs ou fournisseurs sélectionnés. Cette procédure de "postsélection" a pour objet de permettre à l'entité adjudicatrice de s'assurer que les renseignements fournis par un entrepreneur ou un fournisseur au moment de la présélection sont toujours valables et exacts. Les conditions de procédure applicables à la postsélection visent à garantir les intérêts des entrepreneurs et fournisseurs, qui devront être traités équitablement, et ceux de l'entité adjudicatrice, qui souhaite ne conclure un marché qu'avec un entrepreneur ou fournisseur qualifié.

Article 8. Participation des fournisseurs ou entrepreneurs

Comme il a été noté aux paragraphes 24 à 27 de la section I du Guide, la procédure internationale de passation des marchés présente de grands avantages. L'approche générale et la raison d'être des dispositions de la Loi type sur la participation internationale des fournisseurs et entrepreneurs à la procédure de passation des marchés sont décrites dans ces paragraphes, y compris la manière dont le principe général de la participation internationale peut être limité pour tenir compte d'obligations juridiques différentes et de la marge de préférence en faveur des fournisseurs et entrepreneurs locaux.

Article 9. Forme des communications

1. L'article 9 vise à éviter toute incertitude quant à la forme requise des communications entre l'entité adjudicatrice et les fournisseurs et entrepreneurs prévues par la Loi type. La condition essentielle, sous réserve d'autres dispositions de la Loi type, est la suivante : ces communications doivent être sous une forme assurant que leur contenu est dûment consigné. Cette approche a été retenue afin de ne pas limiter les communications aux communications sur papier, compte tenu du fait que les communications sont de plus en plus souvent effectuées par d'autres moyens, tels que l'échange de données informatisées ("EDI"). Étant donné en particulier que les méthodes de communication non classiques telles que l'EDI sont encore inégalement disponibles et utilisées, le paragraphe 3 a été inclus pour prévenir la discrimination contre ou parmi les fournisseurs et entrepreneurs en raison de la méthode de communication qu'ils utilisent.

2. Bien entendu, l'article 9 ne vise pas à répondre à toutes les questions techniques et juridiques que peut soulever l'utilisation de l'EDI ou d'autres méthodes de communication non classiques dans le contexte de la procédure de passation des marchés, et les questions subsidiaires telles que l'émission d'une garantie de soumission par des moyens électroniques et d'autres questions ne rentrant pas dans le domaine des "communications" prévues par la Loi type relèveraient d'autres branches du droit.

3. Afin d'éviter tout retard excessif tant pour l'entité adjudicatrice que pour les fournisseurs et entrepreneurs, le paragraphe 2 permet que certains types précis de communications soient effectués à titre préliminaire par d'autres moyens, notamment le téléphone, n'assurant pas que leur contenu soit dûment consigné, sous réserve que, immédiatement après, confirmation de la communication préliminaire soit donnée sous une forme assurant que la confirmation est dûment consignée.

Article 10. Règles régissant les pièces fournies par les entrepreneurs ou fournisseurs

1. Afin de faciliter la participation d'entrepreneurs et fournisseurs étrangers, l'article 10 interdit l'imposition de conditions quant à l'authentification des pièces fournies par les entrepreneurs et fournisseurs pour faire la preuve de leurs qualifications, autres que celles prévues dans la législation de l'État relatives à l'authentification de pièces de la nature en question. Cet article n'impose pas l'authentification de toutes les pièces soumises par les entrepreneurs et fournisseurs, mais il reconnaît en fait que les États disposent de lois concernant l'authentification des pièces et énonce en principe qu'aucune formalité supplémentaire propre à la procédure de passation des marchés ne devra être imposée.

2. Il est à noter que l'expression "la législation du présent État" s'entend non seulement des lois mais aussi des règlements d'application et des obligations conventionnelles de l'État. Dans certains États, une telle référence générale à la "législation" suffirait pour indiquer qu'il s'agit de toutes les sources de droit susmentionnées. Dans d'autres États, en revanche, une référence plus détaillée aux diverses sources de droit se justifierait afin de préciser qu'il ne s'agit pas seulement des lois.

Article 11. Procès-verbal de la procédure de passation des marchés

1. L'un des principaux moyens de promouvoir la transparence et la responsabilité financière est d'inclure des dispositions exigeant que l'entité adjudicatrice établisse un procès-verbal de la procédure de passation des marchés. Le procès-verbal résume les principales données de la procédure de passation des marchés; il facilite l'exercice du droit de recours des entrepreneurs et fournisseurs lésés. Ceci a pour effet de contribuer à assurer que la législation des marchés est, dans toute la mesure possible, autocontrôlée. En outre, l'incorporation dans la législation des marchés de conditions appropriées relatives aux procès-verbaux facilitera la tâche des organes gouvernementaux exerçant une fonction de contrôle ou de vérification des comptes et rendra les entités adjudicatrices davantage comptables envers le public des dépenses de fonds publics qu'elles effectuent. 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.

2. A propos des conditions régissant le procès-verbal, il faut spécifier dans quelle mesure le procès-verbal pourra être communiqué et quels en seront les destinataires. Pour déterminer les critères en la matière, il faut tenir compte des facteurs suivants, parfois divergents : intérêt, du point de vue de la responsabilité financière des entités adjudicatrices, d'une divulgation aussi large que possible; nécessité de fournir aux entrepreneurs et aux fournisseurs les informations dont ils ont besoin pour évaluer leurs résultats et déterminer s'ils ont motif légitime à recours; et nécessité de protéger des informations confidentielles de fournisseurs et d'entrepreneurs. Au vu de ces considérations, l'article 11 prévoit deux niveaux de communication : il impose la communication à quiconque des renseignements visés à l'article 11-1 *a* et *b* — informations de base touchant la responsabilité de l'entité adjudicatrice envers le public. La communication d'informations plus détaillées concernant la conduite de la procédure est obligatoire envers les entrepreneurs et fournisseurs, car ils ont besoin de ces informations pour juger de leurs résultats dans la procédure de passation des marchés et contrôler comment l'entité adjudicatrice applique les dispositions de la Loi type.

3. Comme il a été mentionné ci-dessus, l'un des objectifs des dispositions en la matière est d'éviter la divulgation d'informations confidentielles des fournisseurs et entrepreneurs. Cela est particulièrement vrai des informations concernant l'évaluation et la comparaison des offres, propositions et prix, car une divulgation excessive risque de porter préjudice aux intérêts commerciaux légitimes des fournisseurs et entrepreneurs. Aussi l'alinéa 1 *e* ne mentionne-t-il qu'un résumé de l'évaluation et de la comparaison des offres, propositions ou prix, alors que l'alinéa 3 *b* restreint la divulgation d'informations plus détaillées allant au-delà de ce qui serait divulgué dans ce résumé.

4. Si la Loi type exige une divulgation aux entrepreneurs ou fournisseurs au moment où la décision est prise d'accepter une offre ou proposition particulière, c'est pour permettre l'exercice du droit de recours visé à l'article 52. En retardant la divulgation jusqu'à l'entrée en vigueur du marché, on risque de priver les fournisseurs et entrepreneurs lésés d'un recours réel.

5. Le mécanisme de divulgation limitée décrit aux paragraphes 2 et 3 n'interdit pas que l'on applique à certaines parties du procès-verbal d'autres lois de l'État conférant au public un droit général d'accès aux documents officiels. La divulgation des informations figurant dans le procès-verbal aux organismes de tutelle législatifs ou parlementaires peut être imposée par la loi applicable de l'État.

Article 12. Rejet de toutes les soumissions, propositions ou offres, ou de tous les prix

1. L'objet de l'article 12 est de permettre à l'entité adjudicatrice de rejeter toutes les soumissions, propositions ou offres, ou tous les prix. Cette disposition est importante, parce qu'une entité adjudicatrice peut devoir agir ainsi pour des motifs d'intérêt public, par exemple lorsqu'il semble que la concurrence a été insuffisante ou qu'il y a eu collusion, lorsque l'entité adjudicatrice n'a plus besoin des biens, travaux ou services requis ou lorsque le marché ne peut plus être passé en raison d'une modification de la politique nationale ou du retrait d'un financement. Le droit public de certains pays peut limiter l'exercice de ce droit, par exemple en interdisant toute mesure constituant un abus de pouvoir discrétionnaire ou une violation des principes fondamentaux de la justice.

2. La condition énoncée au paragraphe 3, selon laquelle l'avis de rejet de toutes les soumissions, propositions ou offres, ou de tous les prix, est communiqué aux fournisseurs ou entrepreneurs les ayant soumis, ainsi que la condition énoncée au paragraphe 1, selon laquelle les motifs du rejet sont communiqués sur demande aux fournisseurs ou entrepreneurs, visent à promouvoir la transparence et la responsabilité. Le paragraphe 1 n'exige pas de l'entité adjudicatrice qu'elle justifie les motifs du rejet. Cette approche se fonde sur la notion suivante : l'entité adjudicatrice devrait être libre d'abandonner la procédure de passation des marchés pour des motifs économiques, sociaux ou politiques qu'elle n'a pas à justifier. Ce pouvoir est confirmé par le fait que la décision de l'entité adjudicatrice de rejeter toutes les soumissions, propositions ou offres, ou tous les prix, n'est pas soumise, conformément à l'alinéa 2 *d* de l'article 52, au droit de recours prévu par la Loi type; il est également confirmé par le paragraphe 2, qui dispose que l'entité adjudicatrice n'encourt aucune responsabilité envers les entrepreneurs et les fournisseurs, par exemple le remboursement des frais d'établissement et de soumission des offres, propositions ou prix, du simple fait qu'elle invoque le paragraphe 1. Les effets potentiellement sévères de l'article 12 sont atténués par le fait que l'entité adjudicatrice n'est habilitée à rejeter toutes les soumissions, propositions ou offres, ou tous les prix, que si cette possibilité est prévue dans le dossier de sollicitation.

Article 13. Entrée en vigueur du marché

Un article 13 a été ajouté car, pour des raisons de transparence, il est important que les fournisseurs et les entrepreneurs connaissent à l'avance les modalités d'entrée en vigueur du marché. L'article 36 énonce à ce propos, dans le contexte de l'appel d'offres, des règles détaillées, auxquelles il est fait référence au paragraphe 1. Mais aucune règle n'est donnée pour les autres méthodes de passation de marchés, du fait que les circonstances dans lesquelles elles sont utilisées peuvent varier et que les procédures qui y sont liées sont traitées de façon moins détaillée dans la Loi type. Dans la plupart des cas, l'entrée en vigueur du marché sera régie, pour ces autres méthodes, par d'autres branches du

droit, telles que le droit administratif ou le droit des contrats de l'État adoptant la Loi type. Toutefois, afin d'assurer un degré suffisant de transparence, il est stipulé que, dans les autres méthodes, l'entité adjudicatrice divulgue à l'avance aux fournisseurs et aux entrepreneurs les règles qui s'appliquent pour l'entrée en vigueur du marché.

Article 14. Publication de l'avis d'attribution du marché

1. Afin de promouvoir la transparence dans la procédure de passation des marchés et la responsabilité financière de l'entité adjudicatrice vis-à-vis du public pour ce qui est de l'utilisation des deniers publics, l'article 14 exige que l'entité adjudicatrice publie un avis d'attribution du marché. Cette obligation est distincte de l'obligation, prévue à l'article 36-6, de communiquer un avis d'attribution du marché aux fournisseurs et entrepreneurs qui ont participé à la procédure d'appel d'offres, ainsi que de l'obligation, prévue à l'article 11-2, de communiquer les renseignements de cette nature figurant au procès-verbal à toute personne qui le demande. La Loi type ne spécifie pas la manière dont l'avis est publié; cette question est laissée à l'État qui, selon le paragraphe 2, peut la traiter dans la réglementation des marchés.

2. Afin d'éviter le coût disproportionné que cette exigence de publication pourrait entraîner pour l'entité adjudicatrice si elle s'appliquait à tous les marchés, même de faible valeur, le paragraphe 3 permet à l'État de fixer une valeur monétaire en deçà de laquelle la publication n'est pas exigée. Cependant, comme cette valeur pourrait être sujette à des changements périodiques, en raison, par exemple, de l'inflation, il serait peut-être préférable de la fixer dans la réglementation des marchés, dont la modification serait probablement moins compliquée qu'une modification de la législation.

Article 15. Incitations proposées par des fournisseurs ou entrepreneurs

1. L'article 15 offre une garantie importante contre la corruption : l'obligation de rejet d'une offre, d'une proposition ou d'un prix, si le fournisseur ou l'entrepreneur tente d'exercer abusivement une influence sur l'entité adjudicatrice. On ne saurait espérer qu'une loi sur les marchés suffira à éliminer complètement ces pratiques abusives. Toutefois, les procédures et garanties énoncées dans la Loi type visent à promouvoir la transparence et l'objectivité et, partant, à réduire la corruption. En outre, l'État devrait disposer en général d'un système efficace de sanction contre la corruption de fonctionnaires, y compris les agents des entités adjudicatrices, et de fournisseurs et d'entrepreneurs, système qui s'appliquerait aussi à la procédure de passation des marchés.

2. Afin d'éviter toute application abusive de l'article 15, le rejet est soumis à approbation et doit être consigné dans le procès-verbal et promptement communiqué au coupable présumé. Ce dernier point a pour objet de permettre l'exercice d'un droit de recours.

Article 16. Règles concernant la description des biens, des travaux ou des services

L'article 16 a pour objet de préciser qu'il importe de décrire les biens, travaux ou services requis de manière claire, complète et objective dans la documentation de présélection, dans le dossier de sollicitation et dans les documents sollicitant des propositions ou des prix. Une description ainsi faite encourage la participation des fournisseurs et entrepreneurs à la procédure de passation des marchés; elle permet aux fournisseurs et entrepreneurs de formuler des offres, des propositions et des prix répondant aux besoins de l'entité adjudicatrice et leur permet aussi de prévoir les risques et le coût de leur participation à la procédure de passation des marchés et de l'exécution du marché, et donc de proposer les prix et conditions les plus avantageux. De plus, un dossier de sollicitation ainsi établi permettra une évaluation et une comparaison des offres sur une même base, ce qui est l'une des exigences fondamentales de la méthode de l'appel d'offres. Il favorisera en outre la transparence et réduira les risques d'actes ou décisions erronés, arbitraires, voire abusifs, de la part de l'entité adjudicatrice. En outre, l'application de la règle disposant que les spécifications doivent être écrites de manière à ne pas favoriser tel ou tel fournisseur ou entrepreneur permettra à un plus grand nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs de répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice en matière de passation des marchés, ce qui facilitera le recours à une méthode de passation des marchés aussi compétitive que les circonstances le permettent et aidera en particulier à limiter le recours abusif à la sollicitation d'une source unique.

Article 17. Langue à utiliser

1. Les mots entre parenthèses à la fin du chapeau ont pour objet de faciliter la participation à la procédure de passation des marchés en faisant en sorte que la documentation de présélection, le dossier de sollicitation et les documents sollicitant des propositions ou des prix soient compréhensibles aux fournisseurs et entrepreneurs étrangers. La référence à une langue d'usage courant dans le commerce international n'a pas à être adoptée par un État dont la langue officielle entre déjà dans cette catégorie. Les alinéas *a* et *b* ont pour objet de donner à l'entité adjudicatrice la latitude nécessaire pour apporter des dérogations à l'exigence de l'emploi d'une langue étrangère lorsque la participation est limitée aux fournisseurs ou entrepreneurs nationaux et lorsque, sans qu'une telle restriction soit imposée, les fournisseurs ou entrepreneurs étrangers ne manifesteront vraisemblablement pas d'intérêt à participer à la procédure.

2. Dans les États où les dossiers de sollicitation sont publiés dans plus d'une langue, il serait souhaitable d'inclure, dans la législation ou la réglementation des marchés, une règle disposant qu'un fournisseur ou entrepreneur doit pouvoir fonder ses droits et obligations sur l'une ou l'autre version linguistique. L'entité adjudicatrice pourrait aussi être appelée à préciser dans le dossier de sollicitation que les deux versions linguistiques ont le même poids.

Chapitre II. Méthodes de passation des marchés et conditions d'utilisation de ces méthodes

Article 18. Méthodes de passation des marchés

1. L'article 18 établit la règle, déjà examinée au paragraphe 14 de la section I du présent Guide, selon laquelle, pour les biens ou les travaux, la méthode normale de passation des marchés est l'appel d'offres et, pour les services, la principale méthode de passation des marchés de services, telle que présentée au chapitre IV. Pour les circonstances exceptionnelles dans lesquelles un appel d'offres pour des biens ou des travaux, même s'il est possible, n'est pas la méthode que l'entité adjudicatrice juge la plus appropriée pour obtenir le meilleur rapport qualité-prix, la Loi type prévoit un certain nombre d'autres méthodes de passation de marchés. Dans le cas des services, l'entité adjudicatrice peut recourir à l'appel d'offres, lorsqu'elle peut formuler des spécifications détaillées et que la nature des services permet un appel d'offres (par exemple, services généraux de gestion des bâtiments); elle peut en outre utiliser l'une des autres méthodes que propose la Loi type si les conditions de cette utilisation sont remplies.

2. Le paragraphe 4 de l'article 18 dispose qu'une décision de recourir à une méthode autre que l'appel d'offres, dans le cas de

biens ou de travaux, ou que la principale méthode de passation des marchés de services, dans les cas de services, doit faire l'objet dans le procès-verbal d'un exposé des motifs et des circonstances justifiant la décision. En effet, la décision de recourir à une méthode de passation des marchés exceptionnelle, plutôt qu'à la méthode normalement requise (c'est-à-dire l'appel d'offres pour les biens ou les travaux ou la principale méthode de passation des marchés de services), ne devrait pas être prise secrètement ou officieusement.

Article 19. 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

1. Dans les circonstances spécifiées au paragraphe 1 de l'article 19, la Loi type offre à l'État, comme il a été noté au paragraphe 18 de la section I du Guide, le choix entre trois différentes méthodes de passation des marchés autres que l'appel d'offres ou la principale méthode de passation des marchés de services — l'appel d'offres en deux étapes, la sollicitation de propositions et la négociation avec appel à la concurrence. Comme on l'a aussi noté au paragraphe 19 de la section I du Guide, un État n'a pas à incorporer chacune des trois méthodes pour les circonstances visées à l'article 19, ni même à en incorporer plus d'une. Un État pourrait décider de ne pas incorporer plus d'une de ces méthodes car les entités adjudicatrices risqueraient d'éprouver des difficultés à déterminer quelle est la méthode la plus appropriée parmi deux ou trois méthodes similaires. Lorsqu'il décidera laquelle des trois méthodes incorporer, l'État pourra se fonder sur le critère décisif suivant : du point de vue de la transparence, de la compétitivité et de l'objectivité du processus de sélection, l'appel d'offres en deux étapes et la sollicitation de propositions sont sans doute supérieurs à la négociation avec appel à la concurrence, qui est extrêmement souple et dans laquelle les risques de corruption sont plus élevés. Au moins une des trois méthodes devrait être incorporée, car les cas en question pourraient, dans le cas contraire, être réglés par le recours à la méthode la moins concurrentielle, la sollicitation d'une source unique.

2. L'État pourra également décider de ne pas étendre à l'achat de services les méthodes de passation des marchés prévues à l'article 19. Il pourra notamment en décider ainsi s'il est établi que la principale méthode de passation des marchés de services (chap. IV) prévoit déjà des procédures qui sont semblables sur bien des points à celles prévues par les méthodes de passation des marchés visées à l'article 19.

3. Il est à noter que, dans les cas visés à l'article 19-1 *a*, où l'entité adjudicatrice est dans l'impossibilité de formuler des spécifications pour les biens ou travaux ou, dans le cas de services, d'en définir les caractéristiques, elle voudra peut-être, avant de décider d'avoir recours à une méthode de passation des marchés autre que l'appel d'offres, envisager la possibilité d'établir les spécifications avec l'aide de consultants.

4. Les alinéas *b* et *c* du paragraphe 1 de l'article 22 (sollicitation d'une source unique), faisant référence respectivement aux cas d'urgence, fondés ou non sur une catastrophe, sont identiques aux alinéas *a* et *b* du paragraphe 2 de l'article 19, qui autorisent le recours à la négociation avec appel à la concurrence dans de tels cas d'urgence. Ce chevauchement a pour objet de permettre à l'entité adjudicatrice de décider laquelle de ces deux méthodes est la mieux adaptée aux circonstances. Le recours à l'une de ces deux méthodes suppose un cas d'urgence véritablement exceptionnel et ne doit pas être une simple solution de facilité. Lorsque la Loi type est appliquée aux marchés intéressant la sécurité nationale ou la défense nationale et dans le cas de contrats de recherche pour l'acquisition d'un prototype, l'entité adjudicatrice a le choix, pour des raisons similaires, entre les méthodes prévues à l'article 19 et la sollicitation d'une source unique. Ainsi, l'État peut prévoir la négociation avec appel à la concurrence dans les circonstances visées au paragraphe 2, même s'il ne le fait pas pour les circonstances visées au paragraphe 1.

Article 20. Conditions d'utilisation de l'appel d'offres restreint

1. L'article 20 vise à permettre à l'entité adjudicatrice, dans des cas exceptionnels, de ne solliciter la participation que d'un nombre limité de fournisseurs et entrepreneurs. Que cette méthode soit prévue dans la Loi type ne signifie pas qu'elle soit encouragée. Au contraire, le recours à l'appel d'offres restreint a été subordonné strictement à d'étroites conditions parce que le recours injustifié à cette méthode de passation des marchés compromettrait fondamentalement les objectifs de la Loi type.

2. Afin de limiter à des cas vraiment exceptionnels le recours à l'appel d'offres restreint — ce à quoi vise l'article 20 — tout en maintenant le degré de concurrence requis, l'article 47-1 énonce des conditions minimales de sollicitation en fonction de chacun des deux types de cas mentionnés à l'article 20. Lorsque l'appel d'offres restreint est utilisé au motif, visé à l'article 20 *a*, que les biens, les travaux ou les services ne sont disponibles qu'auprès d'un nombre limité de fournisseurs ou entrepreneurs, tous les fournisseurs ou entrepreneurs capables de fournir ces biens, travaux ou services doivent être invités à participer; lorsque le motif est la faible valeur du marché, cas visé à l'article 20 *b*, les fournisseurs ou entrepreneurs doivent être invités de manière non discriminatoire et en nombre suffisant pour assurer une concurrence véritable.

Article 21. Conditions d'utilisation de la procédure de sollicitation de prix

1. Cette procédure offre une méthode de passation des marchés adaptée à l'acquisition pour un montant peu élevé de biens ou services normalisés. Dans ces cas, l'organisation d'une procédure d'appel d'offres, qui risque d'être longue et onéreuse, ne sera sans doute pas justifiée. Toutefois, l'article 21-2 limite strictement le recours à cette méthode aux cas où la valeur estimée du marché est inférieure au montant fixé dans la réglementation des marchés. Lorsque l'on incorporera l'article 21, il faudra préciser que le recours à la procédure de sollicitation de prix n'est pas impératif pour les marchés inférieurs au montant fixé. Il peut de fait être souhaitable, dans certains cas où la valeur est inférieure au montant fixé, de recourir à l'appel d'offres ou à l'une des autres méthodes, par exemple lorsqu'un marché initial de faible valeur aura pour conséquence à long terme d'obliger l'entité adjudicatrice à adopter un système technologique donné.

2. Le paragraphe 2 donne, lui aussi, effet à la portée limitée de la procédure de sollicitation de prix en interdisant à l'entité adjudicatrice de diviser artificiellement un ensemble de biens ou services dans le but de rester en deçà du montant limite et d'éviter par là le recours aux méthodes de passation des marchés plus compétitives, interdiction essentielle pour la réalisation des objectifs de la Loi type.

Article 22. Conditions d'utilisation de la procédure de sollicitation d'une source unique

1. Étant donné que cette méthode n'est pas compétitive, son utilisation est strictement limitée aux circonstances exceptionnelles énumérées à l'article 22.

2. Le paragraphe 2 a été inclus afin de permettre le recours à cette méthode dans des cas d'urgence économique grave, lorsque

cela permettrait d'éviter de porter un préjudice sérieux, par 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.

3. Le paragraphe 2 est assorti de conditions, afin que le recours à la méthode de la sollicitation d'une source unique reste très exceptionnel. En ce qui concerne l'exigence d'approbation mentionnée au paragraphe 2, il est à noter que les États qui incorporent l'exigence globale d'approbation pour le recours à la procédure de sollicitation d'une source unique ne doivent pas nécessairement incorporer l'exigence d'approbation visée au paragraphe 2. Il convient cependant de reconnaître que, normalement, la décision d'utiliser la procédure de sollicitation d'une source unique dans les cas d'urgence économique dont il est question serait et devrait être prise au plus haut niveau de l'État.

Chapitre III. Procédure d'appel d'offres

Section I. Sollicitation d'offres et de demandes de présélection

Article 23. Appel d'offres national

Comme il est indiqué au paragraphe 27 de la section I du Guide, on a incorporé l'article 23 afin de préciser dans quels cas exceptionnels les diverses procédures que la Loi type prévoit pour solliciter la participation d'étrangers à l'appel d'offres n'ont pas à être appliquées.

Article 24. Procédures de sollicitation des offres ou des demandes de présélection

1. Afin de promouvoir la transparence et la concurrence, l'article 24 énonce les procédures minimales relatives à la publicité de la sollicitation d'offres et des demandes de présélection auprès d'un public suffisamment large pour assurer effectivement une concurrence suffisante. L'inclusion de ces procédures dans la législation des marchés permet aux fournisseurs et entrepreneurs intéressés de déterminer, simplement en lisant ladite législation, quelles publications ils peuvent suivre pour s'informer des offres de marchés dans l'État ayant adopté la Loi type. Étant donné que la Loi type a notamment pour objectif de promouvoir la participation d'entrepreneurs et de fournisseurs sans distinction de nationalité et de maximiser la concurrence, le paragraphe 2 de l'article 24 dispose que les invitations doivent également être publiées dans une publication de diffusion internationale. On peut citer par exemple le *Forum du développement* que publie le Département de l'information de l'Organisation des Nations Unies.

2. Les conditions énoncées par la Loi type en matière de publicité ne sont que des conditions minimums. La réglementation des marchés peut exiger des entités adjudicatrices qu'elles publient l'invitation à soumettre une offre ou à présenter une demande de présélection par d'autres moyens permettant au plus grand nombre de fournisseurs et entrepreneurs de prendre connaissance de la procédure de passation du marché. Ces méthodes peuvent, par exemple, consister à apposer l'invitation sur des panneaux d'affichage officiels ou à l'envoyer aux chambres de commerce, aux missions commerciales étrangères dans le pays de l'entité adjudicatrice et aux missions commerciales de ce pays à l'étranger.

Article 25. Teneur de l'invitation à soumettre une offre et de l'invitation à présenter une demande de présélection

Afin de promouvoir l'efficacité et la transparence, l'article 25 dispose que les invitations à soumettre une offre et les invitations à présenter une demande de présélection doivent contenir les renseignements dont ont besoin les fournisseurs ou entrepreneurs pour déterminer si les biens, les travaux ou les services requis sont d'un type qu'ils peuvent fournir et, dans l'affirmative, comment ils peuvent participer à la procédure d'appel d'offres. Ces conditions spécifiées ne constituent que le minimum requis, de manière à ne pas empêcher l'entité adjudicatrice d'inclure des renseignements supplémentaires si elle le juge approprié.

Article 26. Communication du dossier de sollicitation

Le dossier de sollicitation a pour objet de fournir aux entrepreneurs ou fournisseurs les renseignements dont ils ont besoin pour préparer leurs offres et de les informer des règles et procédures qui régiront la procédure d'appel d'offres. L'article 26 a été inclus afin que tous les fournisseurs ou entrepreneurs ayant exprimé le désir de participer à la procédure et se conformant aux règles fixées par l'entité adjudicatrice reçoivent le dossier de sollicitation. La disposition relative au prix à demander pour le dossier de soumission a pour objet de permettre à l'entité adjudicatrice de recouvrer les frais d'impression et de distribution, tout en l'empêchant de demander un prix excessif qui dissuaderait des fournisseurs ou entrepreneurs qualifiés de participer à la procédure.

Article 27. Teneur du dossier de sollicitation

1. L'article 27 énonce une liste des renseignements devant figurer dans le dossier de sollicitation. Il est utile d'incorporer ces conditions dans la législation des marchés, afin que le dossier de sollicitation comporte les informations requises pour permettre aux fournisseurs et entrepreneurs de soumettre des offres adaptées aux besoins de l'entité adjudicatrice et pour que cette dernière puisse comparer les offres de manière objective et équitable. Nombre des renseignements énumérés à l'article 27 sont régis ou traités par d'autres dispositions de la Loi type. L'énumération des renseignements devant figurer dans le dossier de sollicitation, y compris ceux dont l'inclusion est expressément demandée dans d'autres dispositions de la Loi type, est utile car elle permet aux entités adjudicatrices d'utiliser cet article comme une "liste de contrôle" lors de l'établissement du dossier.

2. Une catégorie des renseignements énumérés à l'article 27 concerne les instructions à suivre pour établir et soumettre les offres (al. *a*, *i* à *r* et *t*); forme des offres et mode de signature et manière dont le prix des offres peut être formulé, par exemple). L'inclusion de ces dispositions a pour objet de réduire le risque de voir des fournisseurs ou entrepreneurs qualifiés être désavantagés, voire rejetés, faute de renseignements clairs sur la manière d'établir les offres. D'autres renseignements énumérés à l'article 27 concernent en particulier la manière dont les offres seront évaluées; leur divulgation est exigée pour qu'il y ait transparence et équité dans la procédure d'appel d'offres.

3. La Loi type admet que, lorsque le marché est séparable en deux éléments distincts ou plus (par exemple, l'acquisition de différents types de matériels de laboratoire, l'acquisition d'une centrale hydroélectrique consistant en la construction d'un barrage et la fourniture d'un générateur), l'entité adjudicatrice souhaite peut-être autoriser les fournisseurs ou entrepreneurs à soumettre des offres, soit pour la totalité du marché, soit pour une ou plusieurs portions. Ainsi, l'entité adjudicatrice pourra promouvoir au mieux l'économie en s'adressant soit à un fournisseur ou entrepreneur unique, soit à plusieurs, selon que l'une ou l'autre de ces méthodes se révélera plus rentable. En autorisant les offres partielles, on favorise également la participation de petits fournisseurs ou entrepreneurs qui ne seraient pas à même de soumettre une offre d'ensemble. L'alinéa *h* a pour objet de rendre l'étape de l'évaluation des offres aussi objective, transparente et efficace que

possible, car l'entité adjudicatrice ne saurait être autorisée à diviser à sa convenance l'ensemble du marché en des marchés séparés après la soumission des offres.

Article 28. Clarification et modification du dossier de sollicitation

1. L'article 28 a pour objet d'énoncer des procédures de clarification et de modification du dossier de sollicitation qui favorisent une conduite efficace et équitable de la procédure d'appel d'offres. Il importe que l'entité adjudicatrice ait le droit de modifier le dossier de sollicitation, afin de pouvoir obtenir ce qui est nécessaire à ses besoins. L'article 28 dispose que les éclaircissements, de même que les questions suscitant des demandes d'éclaircissement et les modifications, doivent être communiqués par l'entité adjudicatrice à tous les entrepreneurs ou fournisseurs auxquels elle a envoyé le dossier de sollicitation. Il ne serait pas suffisant de se contenter d'autoriser les entrepreneurs ou fournisseurs à obtenir ces éclaircissements sur demande, car ils n'auraient aucun moyen indépendant de vérifier si un éclaircissement a ou non été donné.

2. La règle régissant les éclaircissements a pour objet de garantir que l'entité adjudicatrice répondra à une demande d'éclaircissement, présentée dans les délais voulus, suffisamment à temps pour que ces éclaircissements puissent être pris en compte dans l'élaboration et la soumission des offres. La communication dans les meilleurs délais des éclaircissements et des modifications permet également aux fournisseurs ou entrepreneurs d'exercer leur droit, en vertu de l'article 31-3, de modifier ou de retirer leur offre avant la date limite de soumission, à moins que ce droit n'ait été abrogé par une disposition du dossier de sollicitation. De même, le procès-verbal des réunions de fournisseurs ou d'entrepreneurs organisées par l'entité adjudicatrice doit être communiqué promptement aux fournisseurs ou entrepreneurs, afin de pouvoir être pris en compte dans la préparation des offres.

Section II. Soumission des offres

Article 29. Langue des offres

L'article 29 dispose que les offres peuvent être formulées dans toute langue dans laquelle le dossier de sollicitation a été établi ou dans toute autre langue spécifiée dans le dossier de sollicitation. Cette règle, qui est liée à la règle générale de l'article 17 sur la langue à utiliser, a été incluse afin de faciliter la participation de fournisseurs et entrepreneurs étrangers.

Article 30. Soumission des offres

1. Pour promouvoir la participation et la concurrence, il est important de donner aux fournisseurs et entrepreneurs un délai suffisant pour établir leur offre. L'article 30 admet que ce délai peut varier d'un cas à l'autre, en fonction de facteurs tels que la complexité du marché à passer, le volume des activités de sous-traitance prévues et le délai de transmission des offres. Ainsi, c'est à l'entité adjudicatrice de fixer la date limite de soumission des offres en tenant compte des conditions propres au marché en question. Un État pourra souhaiter fixer dans la réglementation des marchés les délais minimums que l'entité adjudicatrice doit accorder à cette fin.

2. Afin de promouvoir la concurrence et l'équité, le paragraphe 2 dispose que l'entité adjudicatrice doit reporter la date limite dans le cas exceptionnel où elle publie tardivement des éclaircissements ou des modifications du dossier de sollicitation ou du procès-verbal d'une réunion de fournisseurs ou d'entrepreneurs. Le paragraphe 3 autorise l'entité adjudicatrice, sans néanmoins l'y contraindre, à reporter la date limite de soumission dans d'autres cas, par exemple lorsqu'un ou plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs sont dans l'impossibilité de soumettre leur offre en temps voulu en raison de circonstances indépendantes de leur volonté. Cela, afin d'assurer une concurrence suffisante lorsque cette concurrence risquerait d'être fortement réduite. Il est à noter que, dans les circonstances visées au paragraphe 2, le report de la date limite est obligatoire et non discrétionnaire et pourrait donc faire l'objet d'un recours. En revanche, le report de la date limite de soumission visé au paragraphe 3 est, comme l'indique ce paragraphe, entièrement discrétionnaire, de sorte que le droit de recours prévu à l'article 52 ne s'y appliquerait pas.

3. La condition énoncée au paragraphe 5 *a*, selon laquelle une offre est soumise par écrit, doit s'entendre, sous réserve de l'alinéa *b*, qui autorise la soumission sous une forme autre que la forme écrite, par exemple l'EDI, à condition que la forme utilisée atteste la teneur de la communication. Des garanties supplémentaires sont prévues pour protéger l'intégrité de la procédure de passation des marchés ainsi que les intérêts particuliers de l'entité adjudicatrice et des fournisseurs et entrepreneurs, à savoir que l'emploi d'une forme autre que la forme écrite doit être autorisée dans le dossier de sollicitation; que les fournisseurs et entrepreneurs doivent toujours avoir le droit de soumettre des offres par écrit, garantie importante contre la discrimination eu égard au fait que les méthodes de communication non classiques telles que l'EDI ne sont pas à la disposition de tous; et que la forme autre que la forme écrite doit assurer au moins un degré similaire d'authenticité, de sécurité et de confidentialité. Il est à noter en outre que la mise en œuvre du paragraphe 5 pour permettre la soumission d'offres sous des formes non classiques exigerait l'élaboration de règles et techniques spéciales, afin de préserver la confidentialité des offres et de prévenir l'"ouverture" des offres avant la date limite de soumission; il faudrait également traiter d'autres questions qui peuvent se poser lorsqu'une offre est soumise autrement que par écrit (par exemple, la forme que prendra la garantie de soumission).

4. La règle énoncée au paragraphe 6 interdisant l'examen des offres tardives vise à promouvoir l'économie et l'efficacité de la passation des marchés, de même que l'intégrité de la procédure et la confiance des participants. En autorisant l'examen d'offres tardives, après l'ouverture des autres offres, on permettrait à des fournisseurs ou entrepreneurs de prendre connaissance de la teneur des autres offres, avant de soumettre la leur, ce qui pourrait avoir pour conséquences un relèvement du prix des offres et une augmentation du risque de collusion entre fournisseurs et entrepreneurs. Cela serait également injuste pour les autres fournisseurs ou entrepreneurs et risquerait de nuire à l'efficacité et à la régularité de l'ouverture des offres.

Article 31. Période de validité des offres; modification et retrait des offres

1. L'article 31 a été inclus afin qu'il soit bien clair que l'entité adjudicatrice doit préciser dans le dossier de sollicitation la période durant laquelle les offres restent valides.

2. Il est de toute évidence important que cette période soit précisée dans le dossier de sollicitation, compte tenu des circonstances propres à chaque procédure d'appel d'offres. Il ne serait pas bon de fixer dans la législation des marchés une longue période de validité applicable à tous les cas, répondant aux besoins dans le cadre de la plupart sinon de la totalité des procédures d'appel d'offres. Cette solution ne serait pas efficace car, dans de nombreux cas, cette période serait plus longue que nécessaire; et des périodes de validité excessivement longues risqueraient d'entraîner un relèvement des prix des offres, car les fournisseurs ou entrepreneurs devraient augmenter leurs prix pour tenir compte des risques auxquels ils seraient exposés durant cette période (par

exemple, capacité immobilisée et impossibilité de soumissionner ailleurs; risques d'une augmentation des coûts de production ou de construction).

3. Le paragraphe 2 *b* a été inclus afin de permettre à l'entité adjudicatrice, en cas de retard dans la procédure d'appel d'offres, de demander une prolongation de la période de validité. Cette procédure n'oblige pas les fournisseurs ou entrepreneurs, afin de ne pas les forcer à rester liés par leurs offres pendant une période plus longue que prévu — risque qui dissuaderait les entrepreneurs et fournisseurs de participer ou les inciterait à relever leurs prix. Afin de prolonger également, le cas échéant, la protection qu'offre la garantie de soumission, il est prévu qu'un fournisseur ou entrepreneur n'obtenant pas une garantie portant sur la période de validité prolongée de l'offre sera considéré comme ayant refusé de prolonger la période de validité de son offre.

4. Le paragraphe 3 est un complément essentiel des dispositions de l'article 28 concernant les éclaircissements et modifications du dossier de sollicitation. Il permet en effet aux fournisseurs et entrepreneurs de donner suite aux éclaircissements et modifications du dossier de sollicitation ou à toute autre modification des circonstances, soit en modifiant leur offre, si nécessaire, soit en la retirant, s'ils le souhaitent. Une telle règle facilite la participation à la procédure, tout en protégeant les intérêts de l'entité adjudicatrice, puisqu'elle prévoit l'abandon de la garantie de soumission en cas de modification ou de retrait après la date limite de soumission des offres. Cependant, eu égard à l'approche différente qu'on trouve dans la législation et la pratique de certains États, le paragraphe 3 permet à l'entité adjudicatrice de s'écarter de la règle générale et d'imposer l'abandon de la garantie de soumission en cas de modification ou de retrait avant la date limite de soumission des offres, mais seulement s'il en est ainsi disposé dans le dossier de sollicitation. (Voir aussi les observations relatives à l'article 46.)

Article 32. Garanties de soumission

1. L'entité adjudicatrice peut subir un préjudice si le fournisseur ou l'entrepreneur retire son offre ou si un marché avec le fournisseur ou entrepreneur retenu n'est pas conclu par la faute de ce dernier (par exemple, le coût qu'entraîne l'ouverture d'une nouvelle procédure de passation d'un marché et le préjudice dû au retard dans la passation du marché). L'article 32 autorise l'entité adjudicatrice à exiger des fournisseurs ou entrepreneurs participant à la procédure d'appel d'offres qu'ils fournissent une garantie de soumission afin de couvrir une partie au moins du préjudice possible et de les dissuader de manquer à leurs obligations. Les entités adjudicatrices ne sont pas tenues d'imposer une garantie de soumission dans toutes les procédures d'appel d'offres. Les garanties de soumission sont en général importantes pour les marchés relatifs à des biens ou des travaux de grande valeur. Dans les autres cas, il peut être important d'exiger une garantie de soumission, mais les risques que court l'entité adjudicatrice et le préjudice possible sont en général peu élevés et le coût de l'obtention d'une garantie de soumission — qui sera normalement répercuté sur le prix du marché — sera moins justifié.

2. Des dispositions ont été incluses afin de veiller à ce que l'exigence d'une garantie de soumission soit imposée de manière équitable et uniquement pour le but recherché, c'est-à-dire garantir l'obligation contractée par les fournisseurs ou entrepreneurs de conclure un marché sur la base de l'offre qu'ils ont soumise et d'obtenir une garantie de bonne exécution du marché, le cas échéant.

3. L'alinéa 1 *c* a été inclus afin d'aplanir d'éventuels obstacles à la participation de fournisseurs et entrepreneurs étrangers au cas où ils devraient obtenir une garantie émise par une institution de l'État adoptant la Loi type. Toutefois, le libellé optionnel à la fin de l'alinéa donne une certaine latitude sur ce point aux entités adjudicatrices des États dans lesquels l'acceptation d'une garantie de soumission non émise dans l'État en question serait contraire à la loi.

4. La référence à la confirmation de la garantie de soumission a pour objet de tenir compte de la pratique de certains États dans lesquels une confirmation locale d'une garantie de soumission émise à l'étranger est nécessaire. L'inclusion de cette référence dans la Loi type n'a pas pour objet d'encourager une telle pratique, notamment parce que l'exigence d'une confirmation locale risque de constituer un obstacle à la participation de fournisseurs et entrepreneurs étrangers (par exemple, difficultés d'obtention de la confirmation locale avant la date limite de soumission des offres et surcoût pour les fournisseurs et entrepreneurs étrangers).

5. Le paragraphe 2 a été inclus afin de donner des précisions et d'éviter toute incertitude pour ce qui est du moment après lequel l'entité adjudicatrice ne peut plus réclamer le montant de la garantie de soumission. Si la conservation par le bénéficiaire de l'instrument de garantie au-delà de la date d'expiration de la garantie ne doit pas être considérée comme prolongeant la période de validité de ladite garantie, la condition selon laquelle la garantie doit être retournée revêt une importance particulière lorsque celle-ci a pris la forme d'un dépôt en espèces ou une autre forme analogue. Cette précision est également utile car il subsiste des législations nationales dans lesquelles, au contraire de ce que l'on pourrait supposer, une demande de paiement en garantie est présentée à temps, même si elle l'est après l'expiration de ladite garantie, dans la mesure où le fait couvert par la garantie s'est produit avant la date d'expiration. Comme l'article 31-3, le paragraphe 2 *d* donne à l'entité adjudicatrice la possibilité de se prévaloir, par une disposition du dossier de sollicitation, d'une exception à la règle générale selon laquelle le retrait ou la modification d'une offre avant la date limite de soumission des offres n'entraîne pas l'abandon de la garantie de soumission.

Section III. Évaluation et comparaison des offres

Article 33. Ouverture des offres

1. La règle énoncée au paragraphe 1 a pour objet d'éviter tout délai entre la date limite de soumission des offres et l'ouverture de ces offres. De tels délais risqueraient de donner lieu à des comportements fautifs (par exemple, divulgation de la teneur des offres avant la date d'ouverture prévue) et priveraient les fournisseurs et entrepreneurs de la possibilité de réduire au maximum ce risque en soumettant leur offre à la dernière minute, immédiatement avant l'ouverture des offres.

2. Le paragraphe 2 énonce la règle selon laquelle l'entité adjudicatrice doit permettre à tous les entrepreneurs ou fournisseurs ayant soumis des offres ou à leurs représentants d'assister à l'ouverture des offres. Ce faisant, on contribue à garantir la transparence de la procédure d'appel d'offres. Les entrepreneurs et fournisseurs pourront constater que la législation et la réglementation des marchés sont appliquées et ils pourront compter que les décisions ne seront pas prises de manière arbitraire ou inappropriée. Pour des raisons similaires, le paragraphe 3 dispose que, lors de l'ouverture des offres, le nom des fournisseurs ou entrepreneurs dont l'offre est ouverte, ainsi que le prix soumissionné, sont annoncés aux personnes présentes. A ces mêmes fins, il est également prévu que ces renseignements sont communiqués aux fournisseurs ou entrepreneurs participants qui ne sont pas présents ou représentés à l'ouverture des offres.

Article 34. Examen, évaluation et comparaison des offres

1. Le paragraphe 1 a pour objet de permettre à l'entité adjudicatrice de demander aux fournisseurs ou entrepreneurs des éclair-

cissements sur leurs offres afin d'en faciliter l'examen, l'évaluation et la comparaison, tout en précisant que cela ne doit entraîner aucune modification des offres quant au fond. L'alinéa 1 *b*, qui fait référence à la correction d'erreurs purement arithmétiques, ne vise pas par exemple un prix soumissionné anormalement bas semblant résulter d'un malentendu ou d'autres erreurs non apparentes dans l'offre. L'adoption de la condition selon laquelle un avis doit être donné dans de tels cas est importante car, à l'alinéa 3 *b*, il est prévu qu'une offre sera impérativement rejetée si la correction n'est pas acceptée.

2. Le paragraphe 2 énonce la règle à suivre pour déterminer si une offre est conforme et il permet de considérer une offre comme conforme même si elle comporte des écarts mineurs. En autorisant l'entité adjudicatrice à examiner des offres comportant des écarts mineurs, on favorise la participation et la concurrence dans le cadre de la procédure. Il faut que ces écarts mineurs soient quantifiés, de sorte que les offres puissent être comparées objectivement, d'une manière qui favorise les offres entièrement conformes.

3. Bien que l'évaluation de l'offre à retenir sur la base du prix le plus bas soit la plus objective et la plus prévisible, dans certaines procédures d'appel d'offres, l'entité adjudicatrice voudra peut-être choisir une offre en ne se fondant pas que sur le prix. C'est pourquoi la Loi type permet à l'entité adjudicatrice de retenir "l'offre la plus basse selon l'évaluation effectuée", c'est-à-dire celle qui est retenue sur la base du prix et d'autres critères. Les sous-alinéas ii et iii du paragraphe 4 *c* énoncent ces critères. Le sous-alinéa iii, qui fait référence aux objectifs du développement économique, a été inclus parce que, dans certains pays, notamment les pays en développement et les pays dont l'économie est dans une phase de transition, il est important que les entités adjudicatrices puissent se fonder sur des critères permettant d'évaluer et de comparer les offres dans le contexte des objectifs de développement économique. Il est envisagé dans la Loi type que certains États souhaiteront énoncer des critères additionnels. Toutefois, il faut faire preuve de prudence lorsqu'on souhaite élargir la liste des critères autres que le prix figurant à l'alinéa iii, car ces autres critères risquent d'entraver les objectifs de la passation des marchés. Des critères de ce type sont en effet parfois moins objectifs et plus discrétionnaires que ceux qui sont visés aux sous-alinéas i et ii du paragraphe 4 *c* et le recours à ces critères pour l'évaluation et la comparaison des offres risque de nuire à la concurrence et à l'économie dans la passation des marchés et de réduire la confiance en cette procédure.

4. Si la Loi type exige que les critères autres que le prix soient objectifs et quantifiables dans la mesure du possible et soient affectés d'un coefficient de pondération lors de la procédure d'évaluation, ou soient exprimés en termes pécuniaires, c'est pour permettre une évaluation objective et une comparaison des offres sur une base commune, afin de réduire le risque de décisions discrétionnaires ou arbitraires. L'État voudra peut-être indiquer dans la réglementation des marchés comment ces critères seront formulés et appliqués. Il est possible, par exemple, de quantifier en termes pécuniaires les divers aspects de chaque offre en fonction des critères énoncés dans le dossier de sollicitation et de combiner cette quantification avec le prix soumissionné. L'offre la plus basse selon l'évaluation effectuée serait alors considérée comme l'offre à retenir. On peut également assortir de coefficients de pondération ou de points les divers aspects de chaque offre en fonction desdits critères. L'offre dont la pondération combinée est la plus favorable serait alors considérée comme l'offre la plus basse selon l'évaluation effectuée.

5. L'alinéa 4 *d* autorise l'entité adjudicatrice à accorder une marge de préférence aux offres locales, étant entendu que cette marge doit être calculée conformément à la réglementation des marchés. (Voir le paragraphe 26 de la section I du Guide au sujet des raisons qu'il y a d'appliquer une marge de préférence pour atteindre les objectifs économiques nationaux tout en préservant la concurrence.) On notera toutefois que les États qui sont parties à l'Accord du GATT relatif aux marchés publics et les États membres de groupes d'intégration économique régionale tels que l'Union européenne peuvent être moins libres d'accorder un traitement préférentiel. Afin de promouvoir la transparence, la Loi type dispose qu'il n'est possible d'accorder une marge de préférence que si cela est autorisé par la réglementation des marchés et approuvé par l'organe habilité à donner son approbation. De plus, le recours à la marge de préférence doit être divulgué d'avance dans le dossier de sollicitation et consigné dans le procès-verbal de la procédure de passation du marché.

6. La réglementation des marchés envisagée fixant les règles relatives au calcul et à l'application de la marge de préférence peut également énoncer des critères permettant de qualifier de "nationaux" des entrepreneurs ou fournisseurs et de "produits localement" certains biens (par exemple sur la base d'une teneur ou d'une valeur ajoutée locales minimales) et de fixer le montant de la marge de préférence, qui peut être différent pour les biens et pour les travaux. Quant au mécanisme d'application de la marge de préférence, il peut consister, par exemple, à déduire du prix soumissionné de toutes les offres les droits et taxes d'importation imposés dans le cadre de la fourniture des biens ou des travaux et à ajouter aux prix ainsi obtenus, autres que ceux des offres qui doivent bénéficier de la marge de préférence, le montant de ladite marge ou le droit d'importation effectif s'il est inférieur.

7. La règle énoncée au paragraphe 5, relative à la conversion dans une même monnaie des prix soumissionnés aux fins de comparaison et d'évaluation des offres, vise à promouvoir le bien-fondé et l'objectivité de la décision de l'entité adjudicatrice (voir l'article 27 *s*).

8. Le paragraphe 6 a été inclus pour permettre à l'entité adjudicatrice d'exiger du fournisseur ou de l'entrepreneur ayant soumis l'offre retenue qu'il confirme ses qualifications. Cela peut être particulièrement utile dans le cas d'une procédure de passation des marchés de longue durée, dans laquelle l'entité adjudicatrice souhaitera sans doute vérifier si les renseignements relatifs aux qualifications soumis au début de la procédure sont toujours valables. Le recours à la procédure de confirmation est discrétionnaire, car son importance est fonction des circonstances. Afin que la procédure de confirmation soit efficace et transparente, le paragraphe 7 exige le rejet d'une offre lorsque le fournisseur ou entrepreneur ne confirme pas ses qualifications et il énonce la procédure à suivre par l'entité adjudicatrice pour choisir une offre dans de tels cas.

Article 35. Interdiction des négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs

L'article 35 interdit clairement toute négociation entre l'entité adjudicatrice et un fournisseur et entrepreneur à propos d'une offre soumise par ledit fournisseur ou entrepreneur. Cette règle a été incluse parce que de telles négociations pourraient aboutir à une sorte de "vente aux enchères", dans laquelle une offre soumise par un fournisseur ou un entrepreneur serait utilisée pour faire pression sur un autre fournisseur ou entrepreneur afin qu'il baisse son prix ou améliore d'autres éléments de son offre. De nombreux fournisseurs et entrepreneurs s'abstiennent de participer à une procédure d'appel d'offres dans laquelle de telles techniques sont utilisées, ou, s'ils y participent, ils haussent leurs prix en prévision de la négociation.

Article 36. Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché

1. L'objet du paragraphe 1 est d'énoncer clairement que l'offre dont il est déterminé qu'elle est l'offre à retenir en application de l'article 34-4 *b* est acceptée et que l'avis d'acceptation est promp-

tement donné au fournisseur ou entrepreneur ayant soumis l'offre. Sans la disposition du paragraphe 4 sur l'entrée en vigueur du marché, celle-ci serait régie par des règles générales de droit qui, dans de nombreux cas, pourraient ne pas offrir de solutions adaptées au contexte de la passation d'un marché.

2. La Loi type prévoit différentes méthodes d'entrée en vigueur du marché dans le contexte de la procédure d'appel d'offres, étant donné que les États pourront préférer telle ou telle méthode et que, même dans un État donné, des méthodes différentes pourront être employées selon les circonstances. Compte tenu de ses préférences et de ses traditions, un État pourra souhaiter incorporer une ou plusieurs de ces méthodes.

3. Selon l'une de ces méthodes (énoncée au paragraphe 4), sauf indication contraire du dossier de sollicitation, le marché entre en vigueur lorsque l'avis d'acceptation est adressé au fournisseur ou entrepreneur ayant soumis l'offre à retenir. La deuxième méthode (énoncée au paragraphe 2) lie l'entrée en vigueur du marché à la signature par le fournisseur ou l'entrepreneur ayant soumis l'offre retenue d'un marché écrit conforme à l'offre. Le paragraphe 2 comporte une référence optionnelle au "ministère compétent" en tant que signataire du marché, afin de tenir compte du fait que, dans certains États, le marché est signé au nom du gouvernement par le ministère auquel sont destinés les biens, travaux ou services, même s'il n'a pas lui-même mené la procédure de passation des marchés, ni agi en tant qu'entité adjudicatrice au sens de la Loi type. Dans les États où cette pratique est suivie, la procédure de passation des marchés peut être menée par une entité centrale telle qu'une commission centrale des marchés.

4. Une troisième méthode d'entrée en vigueur (décrite au paragraphe 3) prévoit l'entrée en vigueur lorsque le marché est approuvé par une autorité supérieure. Dans les États adoptant cette disposition, la réglementation des marchés pourra donner davantage de détails quant au type de circonstances dans lesquelles l'approbation sera requise (par exemple, uniquement pour des marchés dépassant une valeur donnée). S'il est mentionné au paragraphe 3 que l'exigence d'une approbation doit être stipulée dans le dossier de sollicitation, c'est pour marquer clairement le rôle que joue le dossier de sollicitation dans la notification aux fournisseurs ou entrepreneurs des formalités requises pour l'entrée en vigueur du marché. La condition selon laquelle le dossier de sollicitation doit indiquer le délai jugé nécessaire pour obtenir cette approbation et la disposition selon laquelle la non-obtention de l'approbation dans le délai ainsi spécifié ne sera pas réputée entraîner une prolongation de la période de validité de l'offre retenue ou de toute garantie de soumission visent à établir un équilibre tenant compte des droits et des obligations des fournisseurs et entrepreneurs. Elles visent notamment à exclure le risque de voir l'entrepreneur ou fournisseur retenu rester engagé envers l'entité adjudicatrice pendant une période indéterminée, sans être assuré que le marché entrera en vigueur.

5. Si l'entrée en vigueur est liée à l'expédition plutôt qu'à la réception de l'avis d'acceptation, c'est parce que cette solution est plus appropriée aux circonstances propres à la procédure d'appel d'offres. Afin de lier le fournisseur ou entrepreneur par un marché, notamment de l'obliger à signer un marché écrit, l'entité adjudicatrice doit donner avis de l'acceptation de l'offre pendant que cette dernière est en vigueur. Selon l'approche de la "réception", si l'avis a été correctement transmis, mais qu'il a été retardé, égaré ou mal dirigé, sans qu'il y ait faute de la part de l'entité adjudicatrice, et qu'il est reçu après expiration de la période de validité de l'offre, l'entité adjudicatrice perd son droit de lier le fournisseur ou entrepreneur. Selon l'approche de l'"expédition", ce droit de l'entité adjudicatrice est préservé. Si l'avis est retardé, égaré ou mal dirigé, l'entrepreneur ou fournisseur risque de n'apprendre qu'après l'expiration de la période de validité de son offre que celle-ci a été acceptée; mais, dans la plupart des cas, cette conséquence sera moins grave que la perte du droit de l'entité adjudicatrice de lier le fournisseur ou entrepreneur.

6. Afin de promouvoir les objectifs de la passation des marchés, le paragraphe 5 précise que, si le fournisseur ou entrepreneur dont l'offre est retenue ne signe pas de marché écrit conformément au paragraphe 2, le choix d'une autre offre parmi les offres restantes devra se faire conformément aux dispositions normalement applicables en la matière, étant entendu que l'entité adjudicatrice a le droit de rejeter toutes les offres.

Chapitre IV. Principale méthode de passation des marchés de services

Le présent chapitre expose la méthode qui doit normalement être utilisée dans le cas des marchés de services. Comme il a été noté au paragraphe 11 de la section I du Guide, la principale différence entre les marchés de biens et de travaux et les marchés de services réside dans le processus d'évaluation et de sélection. Les dispositions du chapitre IV qui diffèrent le plus de l'appel d'offres se trouvent aux articles 42, 43 et 44 relatifs aux procédures de sélection. Les autres articles de ce chapitre, comme ceux qui concernent la sollicitation de propositions et la teneur des sollicitations de propositions, font généralement pendant aux dispositions portant sur les points analogues du chapitre III relatif à la procédure d'appel d'offres. Cette correspondance est due au fait que l'appel d'offres et la principale méthode de passation des marchés de services sont les méthodes à utiliser dans la majeure partie des marchés et sont donc destinées à maximiser l'économie et l'efficacité dans la passation des marchés et à promouvoir les autres objectifs énoncés dans le préambule.

Article 37. Avis de sollicitation de propositions

1. Conformément à l'objectif de la Loi type qui est de favoriser la concurrence dans la passation des marchés et du fait que la principale méthode de passation des marchés de services est celle qui doit normalement être utilisée, l'article 37 a pour but de donner au plus grand nombre possible de fournisseurs et d'entrepreneurs le moyen de savoir que la procédure de passation de marché a été entamée et d'exprimer leur intérêt à y participer. Comme dans la procédure d'appel d'offres, il est prévu à cette fin que l'avis destiné à solliciter des marques d'intérêt doit être largement publié.

2. Cependant, dans certains cas généralement analogues à ceux qui justifient le recours à l'appel d'offres restreint (art. 20), l'exigence d'une sollicitation directe peut être injustifiée ou aller à l'encontre des objectifs d'économie et d'efficacité. Le paragraphe 3 énonce donc les cas où l'entité adjudicatrice peut utiliser la sollicitation directe. L'État adoptant la Loi type peut souhaiter fixer, dans la réglementation des marchés, la valeur en dessous de laquelle les entités adjudicatrices ne sont pas contraintes, en vertu des paragraphes 2 et 3 de l'article, de recourir à la sollicitation directe. Cette valeur minimale pourrait être moins élevée pour les services que pour les biens et les travaux. Lorsqu'elle décide d'utiliser la sollicitation directe, l'entité adjudicatrice devrait examiner si elle rejettera toutes propositions non sollicitées ou comment elle prendra de telles propositions en considération.

Article 38. Teneur des sollicitations de propositions relatives à des services

1. L'article 38 contient une liste des renseignements minimaux à inclure dans la sollicitation de propositions afin d'aider les fournisseurs ou les entrepreneurs à établir leurs propositions et de permettre à l'entité adjudicatrice de comparer ces propositions sur la même base. La méthode la plus souvent utilisée étant la principale

méthode de passation des marchés de services, l'article 38 fait largement pendant, quant au niveau de précision et au fond, aux dispositions relatives à la teneur du dossier de sollicitation dans la procédure d'appels d'offres (art. 27).

2. Les paragraphes *g* et *h* reflètent le fait que, dans de nombreux marchés de services, l'entité adjudicatrice peut ne pas connaître totalement la nature et les caractéristiques des services à fournir. Comme on l'a vu au paragraphe 11 de la section I du Guide, le prix des propositions peut n'être pas toujours un critère important dans les marchés de services; les paragraphes *j* et *k* ne sont donc applicables que si le prix est un critère à retenir dans le processus de sélection.

Article 39. Critères d'évaluation des propositions

1. L'article 39 énonce les critères que l'entité adjudicatrice est autorisée à appliquer pour évaluer les propositions. Pas plus que dans d'autres parties de la Loi type où des critères de ce genre sont énumérés, par exemple à l'article 48-3, l'entité adjudicatrice n'est pas nécessairement tenue de les appliquer tous pour chaque marché. Cependant, pour favoriser la transparence, elle doit appliquer les mêmes critères à toutes les propositions dans une procédure de passation des marchés donnée et n'est pas autorisée à appliquer des critères qui n'ont pas été divulgués aux fournisseurs ou entrepreneurs dans la sollicitation de propositions.

2. Un des critères énoncés au paragraphe 1 *a* concerne les qualifications et les compétences du personnel appelé à participer à la fourniture des services, ce qui reflète l'importance accordée aux aptitudes et aux connaissances spécialisées des fournisseurs et des entrepreneurs dans la plupart des marchés de services. Ce critère sera particulièrement important lorsque les services faisant l'objet du marché exigent que les fournisseurs aient des qualifications et des connaissances très poussées, comme dans le cas de services d'ingénierie. En établissant comme un des critères possibles la mesure dans laquelle la proposition soumise permet de répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice, le paragraphe 1 *b* donne à cette dernière la possibilité d'éliminer une proposition dont les aspects techniques et qualitatifs ont été forcés par rapport à la demande de l'entité adjudicatrice afin d'obtenir une note élevée lors de la sélection, et de tenter ainsi artificiellement de contraindre l'entité adjudicatrice à négocier avec l'auteur de la proposition.

3. Les paragraphes 1 *d* et *e* et 2 sont analogues aux dispositions applicables à l'appel d'offres à l'article 34-4 *c* iii, iv et *d*. Les observations formulées dans le Guide sur ces dispositions dans le contexte de l'appel d'offres (voir par. 3 à 6 des observations sur l'article 34) valent donc aussi pour l'article 39.

Article 40. Clarification et modification des sollicitations de propositions

L'article 40 reprend les dispositions de l'article 28 sur la même question dans le cadre de l'appel d'offres et les observations concernant l'article 28 valent donc aussi pour l'article 40.

Article 41. Choix d'une procédure de sélection

1. Les articles 42, 43 et 44 énoncent trois procédures de sélection des propositions de façon à permettre à l'entité adjudicatrice, dans le cadre du chapitre IV, d'utiliser la procédure qui correspond le mieux aux besoins et aux circonstances particuliers de chaque marché. Le choix d'une procédure de sélection dépend dans une large mesure du type de service à fournir et des principaux facteurs qui seront pris en considération dans la procédure de sélection. Il est important de savoir, notamment, si l'entité adjudicatrice souhaite engager des négociations avec les fournisseurs et les entrepreneurs et, dans ce cas, à quel stade de la procédure de sélection. Ainsi, si les services à fournir sont relativement courants et n'exigent pas de compétences et de connaissances poussées, l'entité adjudicatrice peut souhaiter utiliser la procédure de sélection prévue à l'article 42, qui est davantage axée sur le prix et qui, comme l'appel d'offres, ne comprend pas de négociations. En revanche, notamment pour des services complexes où les compétences et les connaissances du fournisseur ou de l'entrepreneur ont une importance cruciale, l'entité adjudicatrice peut souhaiter recourir à l'une des procédures prévues aux articles 43 et 44, car elles permettent de mettre davantage l'accent sur ces critères de sélection et prévoient des négociations.

2. Le paragraphe 3 permet le recours, pour la sélection des propositions, à un jury impartial d'experts indépendants, procédure qu'utilisent parfois les entités adjudicatrices, notamment dans les concours de projets ou pour les marchés de services ayant une composante artistique ou esthétique importante. Les États adoptant la Loi type qui ont recours à un tel jury peuvent souhaiter inclure d'autres règles dans la réglementation des marchés concernant, par exemple, toutes distinctions à établir entre un jury ayant un rôle simplement consultatif, un jury dont le rôle est limité aux aspects esthétiques et artistiques des propositions et un jury habilité à prendre des décisions liant l'entité adjudicatrice.

Article 42. Procédure de sélection sans négociation

Comme on l'a vu, la procédure prévue au présent article peut être plus appropriée dans les marchés de services relativement peu complexes où la considération dominante est davantage le prix que les compétences et les connaissances spécialisées des fournisseurs ou des entrepreneurs et où l'entité adjudicatrice ne souhaite pas négocier. Toutefois, pour veiller à ce que les fournisseurs et les entrepreneurs possèdent des compétences et des connaissances suffisantes pour exécuter le marché, la Loi type dispose que l'entité adjudicatrice doit fixer un seuil permettant d'évaluer les aspects des propositions autres que le prix. Si le seuil est fixé à un niveau relativement élevé, tous les fournisseurs ou entrepreneurs dont les propositions l'atteignent ou le dépassent ont, selon toutes probabilités, des compétences plus ou moins équivalentes. Forte de cette certitude, l'entité adjudicatrice peut alors choisir la proposition à retenir sur la base du prix uniquement, conformément au paragraphe 2 *a*, sur la base de la meilleure évaluation associant à la fois le prix et des critères autres que le prix, conformément au paragraphe 2 *b*.

Article 43. Procédure de sélection avec négociations simultanées

L'article 43 énonce une procédure de sélection apparentée à la procédure d'évaluation pour la sollicitation de propositions prévue à l'article 48. Elle convient donc tout particulièrement dans les cas où l'entité adjudicatrice sollicite diverses propositions offrant la meilleure réponse à ses besoins. En permettant des négociations au stade initial avec tous les fournisseurs ou entrepreneurs, elle donne la possibilité à l'entité adjudicatrice de mieux préciser ses besoins et aux fournisseurs ou entrepreneurs d'en tenir compte lors de l'établissement de leur "meilleure offre définitive". Le paragraphe 3 a pour objectif de veiller à ce que l'on ne donne pas au prix de la proposition un poids démesuré dans le processus d'évaluation au détriment des aspects techniques et autres, y compris des compétences de ceux qui participeront à la fourniture des services.

Article 44. Procédure de sélection avec négociations consécutives

Une troisième procédure de sélection, qui prévoit aussi des négociations et qui a toujours été largement utilisée, notamment

dans les marchés de services intellectuels, est énoncée à l'article 44. Selon cette procédure, l'entité adjudicatrice fixe un seuil pour la qualité et les aspects techniques des propositions et classe ensuite les propositions qui ont obtenu une note supérieure au seuil, en s'assurant que les fournisseurs ou entrepreneurs avec lesquels elle négociera sont capables de fournir les services demandés. Elle engage ensuite des négociations avec chacun de ces fournisseurs ou entrepreneurs séparément, en commençant par celui qui a obtenu la note la plus élevée jusqu'à attribution du marché à l'un d'entre eux. Ces négociations visent à faire obtenir à l'entité adjudicatrice un prix juste et raisonnable pour les services demandés. Si l'entité adjudicatrice n'est pas autorisée à rouvrir des négociations avec des fournisseurs ou entrepreneurs avec lesquels elle les avait terminées, c'est pour éviter des négociations d'une durée indéfinie qui pourraient conduire à des abus et entraîner des retards inutiles. Toutefois, cette restriction, bien qu'offrant l'avantage d'imposer une certaine discipline dans la passation des marchés, enlève à l'entité adjudicatrice la possibilité de réexaminer une proposition dont la suite de négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs montrerait qu'elle aurait été plus favorable. Bien qu'une telle procédure de négociation ne mette pas l'accent sur la compétitivité des prix, l'entité adjudicatrice peut néanmoins la trouver attrayante dans certains cas, par exemple, s'il s'agit de services d'architecture et d'ingénierie où les considérations de qualité technique sont particulièrement importantes.

Article 45. Confidentialité

La raison d'être de l'article 45 est que, pour prévenir les abus dans les procédures de sélection et promouvoir la confiance dans la passation des marchés, il importe que toutes les parties respectent le principe de la confidentialité, en particulier lorsque des négociations sont prévues. Une telle confidentialité est importante notamment pour protéger toute information commerciale ou autre que les fournisseurs ou entrepreneurs pourraient inclure dans leurs propositions et dont ils ne souhaiteraient pas qu'elles soient portées à la connaissance de leurs concurrents.

Chapitre V. Procédures pour les autres méthodes de passation des marchés

1. Les articles 46 à 51 présentent les procédures à appliquer pour les méthodes de passation des marchés autres que l'appel d'offres ou que la principale méthode de passation des marchés de services. Comme il est indiqué aux paragraphes 18 et 19 de la section I du Guide et au paragraphe 1 des observations relatives à l'article 19, il y a chevauchement entre les 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, et les États ne voudront peut-être pas incorporer chacune de ces trois méthodes dans leur législation des marchés. C'est en fonction du choix de la méthode à incorporer que l'on retiendra l'article 46 (appel d'offres en deux étapes), l'article 48 (sollicitation de propositions) et l'article 49 (négociation avec appel à la concurrence).

2. Pour ce qui est de la sollicitation de propositions, de la négociation avec appel à la concurrence, de la sollicitation de prix et de la sollicitation d'une source unique, le chapitre V n'indique pas dans le détail toutes les procédures à suivre comme le font le chapitre III pour la procédure d'appel d'offres (ainsi que l'appel d'offres en deux étapes et l'appel d'offres restreint) et le chapitre IV pour la principale méthode de passation des marchés de services. Cela est dû essentiellement au fait que les méthodes de passation des marchés prévues au chapitre V sont, du point de vue de la procédure, plus souples que l'appel d'offres ou la principale méthode de passation des marchés de services. Certaines des questions qui sont définitivement traitées à propos de l'appel d'offres, ainsi que de l'appel d'offres en deux étapes et de l'appel d'offres restreint, dans la Loi type (par exemple l'entrée en vigueur du marché) peuvent être traitées, pour ces autres méthodes de passation des marchés, dans d'autres instruments de la loi applicable, que les entités adjudicatrices souhaiteront en général être la loi de leur État. Lorsque la loi applicable est la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, des questions telles que la formation des contrats seront soumises aux règles internationales uniformes énoncées dans ladite Convention. Un État pourra juger utile d'incorporer dans la législation des marchés certaines de ces solutions tirées d'autres instruments de la législation applicable et compléter le chapitre V au moyen de règles énoncées dans la réglementation des marchés. On notera également que les chapitres premier et VI sont applicables dans l'ensemble à toutes les méthodes de passation des marchés.

Article 46. Appel d'offres en deux étapes

La procédure en deux étapes utilisée dans cette méthode de passation des marchés a pour objet de combiner deux avantages : la souplesse, car l'entité adjucatrice peut, durant la première étape, négocier avec les fournisseurs ou entrepreneurs afin d'arriver à un ensemble de spécifications définitives pour ce qui est requis et, durant la deuxième étape, le haut niveau d'objectivité et de concurrence que permet la procédure d'appel d'offres qui fait l'objet du chapitre III. L'idée maîtresse des dispositions de l'article 46, qui établissent les procédures spécifiques distinguant l'appel d'offres en deux étapes de l'appel d'offres ordinaire, a été notée au paragraphe 20 de la section I du Guide. C'est ainsi que le paragraphe 4 impose à l'entité adjudicatrice l'obligation de porter à la connaissance de tous les fournisseurs ou entrepreneurs restant pour la deuxième étape toutes modifications apportées aux spécifications initiales et de permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs de ne pas soumettre une offre définitive sans perdre la garantie de soumission qu'ils ont pu être tenus de fournir pour participer à la première étape. Cette dernière disposition est nécessaire pour que les fournisseurs ou entrepreneurs puissent accepter de participer à la procédure d'appel d'offres en deux étapes; en effet, à la date limite de soumission des offres, durant la première étape, les fournisseurs ou entrepreneurs ne peuvent être censés savoir quelles seront les spécifications pour la deuxième étape.

Article 47. Appel d'offres restreint

1. Comme il a été dit au paragraphe 2 des observations relatives à l'article 20, les conditions de sollicitation fixées à l'article 47 visent à faire en sorte que, lorsque l'appel d'offres restreint est utilisé au motif visé à l'article 20 *a*, tous les fournisseurs ou entrepreneurs capables de fournir les biens, travaux ou services requis soient invités à soumettre des offres, et que, lorsque l'appel d'offres restreint est utilisé au motif visé à l'article 20 *b*, les fournisseurs ou entrepreneurs soient invités en nombre suffisant pour assurer une concurrence véritable. L'incorporation de ces conditions de sollicitation est une garantie importante pour empêcher que le recours à l'appel d'offres restreint ne compromette l'objectif de la Loi type consistant à promouvoir la concurrence.

2. Le paragraphe 2 a pour objet de promouvoir la transparence et la responsabilité financière en ce qui concerne la décision de recourir à l'appel d'offres restreint en exigeant qu'un avis d'appel d'offres restreint soit inséré dans une publication que l'État doit spécifier dans sa législation des marchés. Également pertinente à cet égard est la règle d'application générale énoncée à l'article 18-4 selon laquelle l'entité adjudicatrice doit inclure dans le procès-verbal de la procédure de passation du marché un exposé des motifs et circonstances sur lesquels elle s'est fondée pour justifier le choix d'une des autres méthodes de passation des marchés prévues au chapitre V.

3. Le paragraphe 3 prévoit qu'outre les procédures spécifiques énoncées aux paragraphes 1 et 2, les procédures applicables à l'appel d'offres restreint sont celles qui s'appliquent normalement à la procédure d'appel d'offres, à l'exception de l'article 24.

Article 48. Sollicitation de propositions

1. Si la sollicitation de propositions est une méthode selon laquelle l'entité adjudicatrice sollicite en général des propositions d'un nombre limité de fournisseurs ou d'entrepreneurs, l'article 48 comporte des dispositions ayant pour objet de garantir que suffisamment de fournisseurs ou d'entrepreneurs auront la possibilité de faire part de leur intérêt à participer à la procédure et que suffisamment de fournisseurs ou d'entrepreneurs y participeront effectivement, de manière à assurer une concurrence appropriée. A ce propos, le paragraphe 1 exige de l'entité adjudicatrice qu'elle sollicite des propositions d'autant de fournisseurs ou d'entrepreneurs que possible, mais de trois au moins si possible. Le paragraphe 2 énonce une disposition complémentaire visant à élargir la participation en demandant à l'entité adjudicatrice, à moins que cela ne soit pas souhaitable pour des raisons d'économie ou d'efficacité, de publier dans un journal de diffusion internationale un avis à l'intention des personnes qui seraient intéressées à participer à la procédure de sollicitation de propositions. Afin d'éviter les retards excessifs qui pourraient résulter si l'entité adjudicatrice était tenue d'admettre tous les fournisseurs ou entrepreneurs ayant répondu à cet avis, la publication de l'avis ne confère aucun droit aux fournisseurs ou entrepreneurs.

2. La réglementation des marchés peut énoncer des règles plus détaillées applicables par l'entité adjudicatrice dans ce type de procédure d'avis. Par exemple, la pratique dans certains pays est la suivante : la sollicitation de propositions est envoyée en règle générale à tous les fournisseurs ou entrepreneurs répondant à l'avis, à moins que l'entité adjudicatrice ne décide qu'elle souhaite n'envoyer la sollicitation de propositions qu'à un nombre limité de fournisseurs ou entrepreneurs. Cette approche se fonde sur l'idée selon laquelle les fournisseurs ou entrepreneurs ayant fait part de leur intérêt devraient avoir la possibilité de soumettre des propositions et que le nombre de ceux qui sont invités à soumettre des propositions ne devrait être limité que pour d'importantes raisons administratives. Par contre, s'il est vrai qu'il ne faudrait pas renoncer à la légère à la plus large procédure d'avis, une telle procédure risquerait d'imposer une charge supplémentaire à l'entité adjudicatrice à un moment où elle est déjà très occupée.

3. Le reste de l'article 48 décrit les éléments essentiels de la procédure de sollicitation de propositions concernant l'évaluation et la comparaison des propositions et le choix de la proposition à retenir. Ces dispositions visent à promouvoir la transparence, l'équité et la concurrence et l'objectivité lors de la comparaison et de l'évaluation des propositions.

4. La compétence relative du fournisseur ou de l'entrepreneur en matière de technique et de gestion est incluse au paragraphe 3 *a* parmi les facteurs d'évaluation possibles car l'entité adjudicatrice pourra avoir plus ou moins confiance en l'aptitude d'un fournisseur ou entrepreneur donné qu'en celle d'un autre. Cette disposition devrait être distinguée de celle habilitant l'entité adjudicatrice (art. 6) à ne pas évaluer les propositions de fournisseurs ou entrepreneurs qu'elle considère comme non fiables ou incompétentes ou à ne pas y donner suite.

5. La procédure relative à la "meilleure offre définitive" décrite au paragraphe 8 vise à promouvoir au maximum la concurrence et la transparence en fixant une date à laquelle les fournisseurs ou entrepreneurs doivent avoir présenté leur meilleure offre définitive. Cette procédure met fin aux négociations et gèle toutes les spécifications et conditions contractuelles offertes par les fournisseurs et entrepreneurs, afin d'atténuer le risque de voir l'entité adjudicatrice se servir de l'offre faite par un fournisseur ou entrepreneur pour exercer des pressions sur un autre entrepreneur ou fournisseur, afin qu'il baisse son prix. Autrement, en prévision de ces pressions, les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent être amenés à hausser leurs prix initiaux.

Article 49. Appel à la concurrence

1. L'article 49 est une disposition relativement brève. En effet, sous réserve des dispositions générales applicables, des règles énoncées dans la Loi type et dans la réglementation des marchés et de toute règle émanant d'autres instruments de la législation applicable, l'entité adjudicatrice peut organiser et mener les négociations comme elle le juge bon. Les règles énoncées dans le présent article visent à donner cette liberté à cette entité adjudicatrice tout en s'attachant à promouvoir la concurrence et l'objectivité dans la sélection et l'évaluation, notamment en disposant au paragraphe 4 qu'une fois la négociation achevée, l'entité adjudicatrice doit demander aux fournisseurs ou entrepreneurs de soumettre leurs meilleures offres définitives, sur la base desquelles elle sélectionnera l'offre à retenir.

2. L'État voudra peut-être disposer, dans la réglementation des marchés, que l'entité adjudicatrice doit prendre par exemple les mesures suivantes : énoncer des règles et procédures de base relatives à l'organisation des négociations, afin que celles-ci soient menées de manière efficace; établir divers documents qui serviront de base aux négociations, notamment les documents décrivant les caractéristiques techniques souhaitées des biens ou travaux requis, ou la nature des services requis, et les conditions contractuelles désirées; prier les fournisseurs ou entrepreneurs avec lesquels elle négocie de ventiler leurs prix afin de l'aider à comparer ce qu'offrent les différents fournisseurs ou entrepreneurs durant les négociations.

Article 50. Procédure de sollicitations de prix

Il est important d'inclure dans la législation des marchés des conditions de procédure minimales pour les procédures de sollicitations de prix du type décrit dans la Loi type. Ces conditions visent à assurer une concurrence suffisante, du point qualitatif et quantitatif. En ce qui concerne la condition énoncée au paragraphe 1 selon laquelle les fournisseurs auxquels est adressée une sollicitation de prix doivent être avisés des frais à inclure dans le prix, l'entité adjudicatrice voudra peut-être envisager d'utiliser les termes commerciaux reconnus, en particulier les INCOTERMS.

Article 51. Sollicitation d'une source unique

La Loi type ne prescrit pas de procédures à suivre dans le cas de la sollicitation d'une source unique. En effet, cette méthode est soumise à des conditions d'utilisation très particulières et consiste à faire appel à un seul fournisseur ou entrepreneur, si bien qu'il s'agit essentiellement d'une négociation contractuelle qu'il ne convient pas de régler expressément dans la Loi type. Il faut cependant noter que les dispositions du chapitre premier s'appliqueraient d'une manière générale à la sollicitation d'une source unique, notamment l'article 11 sur l'obligation de conserver un procès-verbal et l'article 14 sur la publication de l'avis d'attribution du marché.

Chapitre VI. Recours

1. Il est essentiel de disposer d'un moyen effectif de recours contre les actes et décisions de l'entité adjudicatrice et les procédures suivies par celle-ci, afin d'assurer le bon fonctionnement du

système de passation des marchés et de promouvoir la confiance en ce système. Le chapitre VI de la Loi type rassemble des dispositions établissant ce droit de recours et en régissant l'exercice.

2. Il est clair qu'il existe dans la plupart des États des mécanismes et procédures de recours contre les actes d'organes administratifs et autres entités publiques. Dans certains États, des mécanismes et procédures de recours ont été mis en place expressément pour les litiges découlant de la passation de marchés par ces organes et entités. Dans d'autres États, de tels litiges sont traités par l'application de mécanismes et procédures généraux de recours contre des actes administratifs. Certains aspects importants de la procédure de recours, tels que l'instance devant laquelle introduire le recours et les réparations pouvant être accordées, sont liés aux caractéristiques fondamentales, tant conceptuelles que structurelles, du système juridique et du système d'administration publique de chaque pays. De nombreux systèmes juridiques prévoient un recours contre les actes d'organes administratifs et autres entités publiques devant une instance administrative exerçant une autorité ou un contrôle hiérarchique sur l'organe ou l'entité (ci-après dénommé "recours administratif hiérarchique"). Dans les systèmes juridiques prévoyant un tel recours administratif hiérarchique, la question de savoir quels organes exerceront cette fonction pour les actes d'organes ou entités particuliers dépend dans une large mesure de la structure administrative de l'État. Dans le contexte de la passation des marchés, par exemple, certains États prévoient que cette fonction sera confiée à un organe exerçant une supervision et un contrôle généraux sur la passation des marchés de l'État (par exemple une commission centrale des marchés); dans d'autres États, cette fonction est assurée par l'organe chargé d'exercer un contrôle financier sur les opérations du gouvernement et de l'administration. Certains États prévoient dans certains cas que le chef de l'État s'acquittera de cette fonction.

3. Dans certains États, pour des types particuliers de cas mettant en jeu des organes administratifs ou d'autres entités publiques, cette fonction est assurée par des instances administratives indépendantes spécialisées dont la compétence est parfois décrite comme "quasi judiciaire". Ces instances ne sont toutefois pas considérées dans ces États comme des tribunaux du système judiciaire.

4. De nombreux systèmes juridiques nationaux prévoient un recours judiciaire contre les actes d'organes administratifs et entités publiques. Dans plusieurs de ces systèmes juridiques, un recours judiciaire est possible en sus du recours administratif, alors que dans d'autres systèmes seul un recours judiciaire est possible. Certains systèmes ne prévoient qu'un recours administratif et non un recours judiciaire. Dans certains de ceux où des recours à la fois administratifs et judiciaires sont possibles, le recours judiciaire n'est possible qu'après qu'ont été épuisées les voies de recours administratif; dans d'autres, les deux moyens de recours sont possibles en tant qu'options.

5. Vu ce qui précède et afin d'éviter d'empiéter sur les aspects fondamentaux, tant conceptuels que structurels, des systèmes juridiques et des systèmes administratifs de l'État, les dispositions du chapitre VI sont davantage des dispositions cadres que celles des autres sections de la Loi type. Comme l'indique la note de bas de page relative au titre du chapitre VI de la Loi type, certains États souhaiteront peut-être incorporer les articles sur le droit de recours sans changements, ou avec des changements minimes, alors que d'autres États pourront ne pas juger utile de les incorporer, en partie ou en totalité. Dans ces derniers cas, les articles sur les recours pourront servir de références pour évaluer les procédures de recours prévues.

6. Afin que les dispositions puissent être adaptées aux cadres conceptuels et structurels très divergents des systèmes juridiques du monde entier, seules les caractéristiques essentielles du droit de recours et de l'exercice de ce droit y sont traitées. La réglementation des marchés qu'établira chaque État pourra comporter des règles plus détaillées portant sur des questions qui ne sont pas traitées dans la Loi type ou dans d'autres règles juridiques de l'État. Dans certains cas, des variantes concernant des questions particulières ont été présentées.

7. Le chapitre VI ne traite pas de la possibilité de recourir à l'arbitrage parce que le recours est relativement rare dans le contexte de la passation des marchés. Cependant, la Loi type n'entend pas empêcher l'entité adjudicatrice et le fournisseur ou entrepreneur de soumettre à l'arbitrage, si les circonstances s'y prêtent, un différend relatif aux procédures prévues dans la Loi type.

Article 52. Droit de recours

1. L'objet de l'article 52 est d'énoncer le droit fondamental à introduire un recours. En application du paragraphe 1, le droit de recours n'appartient qu'aux fournisseurs et entrepreneurs, et non au public en général. Les sous-traitants ont été intentionnellement écartés du champ d'application du droit de recours prévu dans la Loi type, cela afin d'éviter un risque de perturbation excessif qui pourrait avoir des incidences néfastes sur l'économie et l'efficacité des marchés publics. L'article ne traite pas de la capacité du fournisseur ou entrepreneur à introduire un recours ni de la nature ou de l'importance de l'intérêt en jeu ou du préjudice subi pour qu'un fournisseur ou entrepreneur puisse introduire un recours. De telles questions doivent être résolues en application des règles juridiques pertinentes de l'État.

2. La référence, dans le paragraphe 1, à l'article 57 a été placée entre crochets car la numérotation de l'article sera fonction de l'existence ou non dans l'État d'un mécanisme de recours administratif hiérarchique (voir le paragraphe 1 des observations relatives à l'article 54).

3. Les dispositions de la Loi type n'imposent pas toutes des obligations qui, si elles ne sont pas respectées par l'entité adjudicatrice, donnent lieu à un droit de recours en vertu de la Loi type. Le paragraphe 2 dispose que certains types d'actes et de décisions de l'entité adjudicatrice, fondés sur l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, ne peuvent faire l'objet du droit de recours prévu au paragraphe 1. L'exemption de certains actes et décisions se fonde sur une distinction établie entre, d'une part, les conditions et obligations imposées à l'entité adjudicatrice en ce qui concerne ses relations avec les fournisseurs et entrepreneurs et qui l'engagent juridiquement envers eux et, d'autre part, des exigences qui sont considérées comme purement "internes" à l'administration, qui se rattachent à l'intérêt général ou qui, pour d'autres raisons, ne constituent pas des obligations juridiques de l'entité adjudicatrice envers les fournisseurs et entrepreneurs. Ce droit de recours est en général limité aux cas où le premier type d'exigence n'est pas respecté par l'entité adjudicatrice. (Voir aussi le paragraphe 2 des observations relatives à l'article 30.)

Article 53. Recours porté devant l'entité adjudicatrice (ou devant l'autorité de tutelle)

1. L'objet de cette disposition relative à un recours de première instance porté devant le responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle est, pour l'essentiel, de permettre à ce responsable de remédier à des actes, décisions ou procédures erronés. Une telle méthode peut permettre d'éviter d'alourdir la tâche d'instances supérieures de recours et du système judiciaire avec des cas qui auraient pu être résolus plus tôt par une procédure moins perturbatrice. Les références à l'autorité de tutelle au paragraphe 1, ainsi que dans d'autres parties de l'article 53 et d'autres articles relatifs au recours, ont été placées entre parenthèses, car elles ne seront peut-être pas pertinentes dans tous les États (voir le paragraphe 28 de la section I du Guide).

2. Si le recours devant l'entité adjudicatrice ou l'autorité de tutelle ne peut être intenté que lorsque le marché n'a pas encore été conclu, c'est pour les raisons suivantes : une fois le marché entré en vigueur, il y a peu de mesures de correction que le responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle pourra utilement exiger. Ces derniers cas relèveraient plutôt d'un recours administratif hiérarchique ou d'un recours judiciaire.

3. L'objet du délai énoncé au paragraphe 2 est de permettre que les réclamations soient déposées promptement de manière à éviter tout retard et perturbation excessifs à un stade ultérieur de la procédure. Le paragraphe 2 ne définit pas la notion de "jours" (jours civils ou jours ouvrables), car la plupart des États ont adopté des règles d'interprétation comportant une définition de cette notion.

4. Le paragraphe 3 est une disposition complémentaire du paragraphe 1 et prévoit que, pour les raisons mentionnées au paragraphe 2 des observations relatives au présent article, le responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle n'a pas à connaître d'une réclamation ou à continuer de connaître d'une réclamation après l'entrée en vigueur du marché.

5. L'alinéa 4 *b* laisse le responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle libre de déterminer quelles mesures correctives seront appropriées dans chaque cas (sous réserve de toute règle en la matière figurant dans la réglementation des marchés; voir également le paragraphe 7 des observations relatives au présent article). Les mesures correctives peuvent être notamment les suivantes : demander à l'entité adjudicatrice de rectifier la procédure de passation des marchés afin de la rendre conforme à la législation des marchés, à la réglementation des marchés ou à toute autre règle de droit applicable; s'il a été décidé d'accepter une offre donnée et qu'il ressort qu'une autre offre aurait dû être acceptée, demander à l'entité adjudicatrice de ne pas envoyer l'avis d'acceptation à l'entrepreneur ou fournisseur initialement choisi, mais d'accepter l'autre offre; ou résilier la procédure de passation des marchés et ordonner l'ouverture d'une nouvelle procédure.

6. L'État devrait prendre les mesures suivantes pour ce qui est des références à l'article "54 ou 57" figurant entre crochets aux paragraphes 5 et 6. Si l'État prévoit un recours judiciaire, mais non un recours administratif hiérarchique (voir le paragraphe 1 des observations relatives à l'article 54), il ne faudrait faire référence qu'à l'article figurant dans la Loi type en tant qu'article 57. Si l'État prévoit les deux formes de recours, mais exige de l'entrepreneur ou fournisseur présentant une réclamation qu'il épuise son droit à recours administratif hiérarchique avant d'intenter un recours judiciaire, il ne faudrait faire référence qu'à l'article 54. Si l'État prévoit les deux formes de recours, mais n'exige pas que le droit à recours administratif hiérarchique soit épuisé avant que ne soit intenté un recours judiciaire, la référence devrait être à l'article "54 ou 57".

7. Certaines règles supplémentaires applicables à la procédure de recours en vertu du présent article sont énoncées à l'article 55. En outre, l'État peut inclure dans la réglementation des marchés des règles détaillées relatives aux conditions de procédure auxquelles doit satisfaire l'entrepreneur ou fournisseur afin de pouvoir entamer la procédure de recours. Par exemple, la réglementation peut préciser si une déclaration succincte faite par télex, accompagnée ultérieurement de pièces justificatives, sera considérée comme suffisante. La réglementation des marchés peut aussi énoncer des règles détaillées relatives à l'organisation de la procédure de recours en vertu du présent article (par exemple, concernant le droit des fournisseurs ou entrepreneurs participant à la procédure de passation des marchés, autres que la partie qui présente une réclamation, de participer à la procédure de recours (voir l'article 55); la présentation de preuves; la conduite de la procédure de recours; et les mesures correctives que le responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle peut imposer à l'entité adjudicatrice).

8. Les procédures de recours en vertu de cet article devraient être conçues de manière à permettre un traitement diligent de la réclamation. Si cela n'est pas possible, ces procédures ne devraient pas indûment retarder l'ouverture d'une procédure de recours administratif hiérarchique ou de recours judiciaire. A cette fin, le paragraphe 4 donne à l'entité adjudicatrice (ou à l'autorité de tutelle) un délai de trente jours pour rendre une décision au sujet de la réclamation; en l'absence d'une décision, le paragraphe 5 donne au fournisseur ou entrepreneur qui a présenté la réclamation le droit d'introduire un recours administratif en vertu de l'article 54 ou, si un tel recours n'est pas prévu dans l'État, un recours judiciaire en vertu de l'article 57.

Article 54. Recours administratif

1. Les États dont le système juridique ne prévoit pas de recours administratif hiérarchique contre des actes, décisions et procédures administratifs pourront choisir d'omettre cet article et de ne prévoir qu'un recours judiciaire (art. 57).

2. Dans certains systèmes juridiques prévoyant à la fois un recours administratif hiérarchique et un recours judiciaire, une procédure de recours judiciaire peut être entamée alors que la procédure de recours administratif est toujours en cours, ou vice versa, et des règles précisent si — et dans quelle mesure — la procédure de recours judiciaire supplante la procédure de recours administratif. Si le système juridique d'un État prévoyant ces deux modes de recours ne comporte pas de telles règles, l'État pourra souhaiter en adopter sous forme d'une loi ou d'une réglementation.

3. Un État désireux de prévoir un recours administratif hiérarchique, mais ne disposant pas d'un mécanisme à cette fin pour les questions liées aux marchés, devrait confier cette fonction à un organe administratif compétent, soit un organe déjà en place soit un nouvel organe créé par l'État. Il peut s'agir par exemple d'un organe exerçant une supervision et un contrôle généraux sur les marchés publics (par exemple une commission centrale des marchés), un organe dont la compétence n'est pas limitée aux questions de passation des marchés (par exemple, l'organe qui exerce une supervision et un contrôle financiers sur les opérations du gouvernement et de l'administration; le champ de la procédure de recours ne devrait toutefois pas être limité à des questions de supervision et de contrôle financiers), ou un organe administratif spécial ayant pour compétence exclusive le règlement des litiges relatifs à des questions de passation des marchés, par exemple une "commission d'examen des marchés". Il importe que l'organe exerçant cette fonction soit indépendant de l'entité adjudicatrice. En outre, si cet organe est celui qui, en vertu de la Loi type telle qu'adoptée par l'État, approuve certains actes ou décisions de l'entité adjudicatrice ou certaines des procédures qu'elle applique, on veillera à ce que la section de cet organe qui doit exercer cette fonction soit indépendante de la section exerçant la fonction d'approbation.

4. Si l'alinéa 1 *a* établit le délai dans lequel peut commencer la procédure de recours administratif en se fondant sur le moment où le requérant a pris connaissance des circonstances en question, la Loi type laisse à la loi applicable la question de la date limite absolue pour l'ouverture de la procédure de recours.

5. Les fournisseurs et entrepreneurs habilités à introduire une procédure de recours en application de l'alinéa 1 *d* ne sont pas uniquement des entrepreneurs ou fournisseurs ayant participé à la procédure engagée devant les responsables de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle (voir l'article 54-2), mais aussi tout autre

fournisseur ou entrepreneur se disant lésé par une décision dudit responsable.

6. La condition énoncée au paragraphe 2 vise à permettre à l'entité adjudicatrice ou à l'autorité de tutelle de s'acquitter de son obligation en vertu de l'article 55-1, consistant à aviser tous les fournisseurs ou entrepreneurs de l'introduction d'un recours.

7. Pour ce qui est du paragraphe 3, les moyens par lesquels le fournisseur ou entrepreneur introduisant un recours établit son droit à réparation sont fonction des règles de fond et règles de procédure applicables à la procédure de recours.

8. Les systèmes juridiques nationaux divergent quant à la nature des réparations que les organes connaissant des recours administratifs hiérarchiques ont pouvoir d'accorder. Lorsqu'il adoptera la Loi type, un État pourra inclure toutes les réparations énumérées au paragraphe 3, ou seules celles qu'un organe administratif sera normalement habilité à accorder dans le système juridique national. Si, dans un système juridique particulier, un organe administratif peut accorder certaines réparations qui ne sont pas énumérées au paragraphe 3, celles-ci pourront être ajoutées à ce paragraphe. En effet, le paragraphe devrait énoncer toutes les réparations que l'organe administratif peut accorder. L'approche retenue dans cet article, qui spécifie les réparations que peut accorder l'organe administratif hiérarchique, contraste avec l'approche plus souple retenue pour les mesures correctives que peut exiger le responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle (art. 53-4 *b*). L'approche retenue dans ce dernier article est justifiée par le fait que le responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle devrait être à même de prendre toutes les mesures requises pour remédier à une irrégularité commise par l'entité adjudicatrice elle-même ou approuvée par l'autorité de tutelle. Les instances administratives hiérarchiques connaissant des recours administratifs sont, dans certains systèmes juridiques, soumises à des règles plus formalistes et restrictives pour ce qui est des réparations qu'elles peuvent accorder et l'approche retenue à l'article 54-3 vise à éviter d'empiéter sur ces règles.

9. Des variantes sont prévues dans le chapeau du paragraphe 3, afin de tenir compte des États dans lesquels les instances administratives ne sont pas habilitées à accorder les réparations prévues au paragraphe 3, mais peuvent faire des recommandations.

10. Pour ce qui est des types de préjudices pour lesquels un dédommagement peut être demandé, l'alinéa 3 *f* présente deux variantes entre lesquelles pourra choisir l'État. Selon l'option I, un dédommagement peut être demandé pour toute dépense raisonnable encourue dans le cadre de la procédure de passation du marché par le fournisseur ou l'entrepreneur qui présente la réclamation du fait de l'acte, de la décision ou de la procédure illicites. Ces coûts n'incluent pas le manque à gagner subi du fait de la non-acceptation d'une offre, d'une proposition ou d'un prix du fournisseur ou entrepreneur présentant la réclamation. Les types de pertes pouvant faire l'objet d'un dédommagement en vertu de l'option II sont plus larges et peuvent inclure le manque à gagner dans certains cas.

11. S'il est mis fin à la procédure de passation du marché en application de l'alinéa 3 *g*, l'entité adjudicatrice peut entamer une nouvelle procédure.

12. Dans certains cas, il serait approprié qu'un marché entré en vigueur soit annulé, par exemple lorsqu'un marché a été octroyé à un fournisseur ou entrepreneur comme suite à une fraude. Toutefois, comme l'annulation d'un marché risque de constituer une mesure particulièrement perturbatrice et contraire à l'intérêt général, cette solution n'est pas prévue dans la Loi type elle-même. Néanmoins, rien n'interdit une annulation en vertu d'autres instruments juridiques. Les cas où une annulation serait appropriée seront sans doute régis par les règles applicables de droit contractuel, administratif ou pénal.

13. S'il n'existe pas dans l'État de règles détaillées régissant les procédures de recours administratif hiérarchique, l'État peut énoncer de telles règles dans une loi ou dans la réglementation des marchés. Ces règles peuvent notamment porter sur les points suivants : délai d'introduction d'un recours administratif hiérarchique; droit des fournisseurs et entrepreneurs, autres que celui qui introduit la procédure de recours, à participer à ladite procédure (voir l'article 55-2); la charge de la preuve; la présentation de preuves; et la conduite de la procédure de recours.

14. Le délai général de trente jours imposé au paragraphe 4 pourra devoir être modifié dans les pays où la procédure administrative prend la forme d'une procédure quasi judiciaire supposant des auditions ou d'autres mesures de longue durée. Dans ces pays, les problèmes que pose cette question pourront être néanmoins traités, étant donné le caractère optionnel de l'article 54.

Article 55. Certaines règles applicables aux procédures de recours en vertu de l'article 53 [et de l'article 54]

1. Cet article s'applique uniquement aux procédures de recours engagées devant le responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle et devant une instance administrative hiérarchique, mais non aux procédures de recours judiciaire. Il existe dans de nombreux États des règles régissant les questions traitées dans cet article.

2. Les références entre crochets, dans le titre et le texte de l'article, à l'article 54 et à l'instance administrative, seront omises par l'État qui ne prévoit pas de recours administratif hiérarchique.

3. L'objet des paragraphes 1 et 2 de l'article est d'informer les fournisseurs ou entrepreneurs qu'une réclamation a été présentée à propos de la procédure à laquelle ils ont participé ou participent et de leur permettre de prendre des mesures pour protéger leurs intérêts. Ils pourront par exemple intervenir dans la procédure de recours en vertu du paragraphe 2 ou prendre d'autres mesures prévues en vertu des règles juridiques applicables. La possibilité d'une participation élargie à la procédure de recours a été envisagée car il est de l'intérêt de l'entité adjudicatrice que les réclamations soient entendues et que les informations pertinentes soient portées à son attention dès que possible.

4. Alors que le paragraphe 2 accorde aux fournisseurs et entrepreneurs un droit relativement large de participation à une procédure de recours qu'ils n'ont pas engagée, la Loi type ne donne pas d'orientations détaillées quant à la mesure dans laquelle ces tiers pourront participer (par exemple, auront-ils un droit de participation plein et entier, y compris le droit de présenter des déclarations ?). Les États devront peut-être déterminer s'il est nécessaire d'établir, dans leur système juridique, des règles régissant ces questions.

5. Au paragraphe 3, les mots "et à tout autre fournisseur ou entrepreneur ou toute autre autorité gouvernementale ayant participé à la procédure de recours" font référence aux fournisseurs ou entrepreneurs participant conformément au paragraphe 2 et aux autorités gouvernementales telles que les autorités d'approbation.

Article 56. Suspension de la procédure de passation du marché

1. La solution de la suspension automatique (c'est-à-dire d'une suspension de la procédure déclenchée par la simple présentation d'une réclamation) est retenue dans la législation des marchés de certains pays. La suspension a pour objet de permettre la préservation des droits du fournisseur ou entrepreneur introduisant une procédure de recours en attendant la clôture de cette procédure.

Sans cette suspension, le fournisseur ou entrepreneur présentant une réclamation n'aurait peut-être pas assez de temps pour demander et obtenir des mesures conservatoires. En particulier, il sera en général important pour le fournisseur ou l'entrepreneur d'empêcher l'entrée en vigueur du marché avant l'achèvement de la procédure de recours et, s'il faut établir un droit à des mesures conservatoires, on manquera peut-être de temps pour le faire, tout en évitant l'entrée en vigueur du marché (par exemple, lorsque la procédure de passation du marché en est à son stade final). La solution de la suspension automatique permettra dans un plus grand nombre de cas un règlement de la réclamation plus tôt, sans qu'il soit nécessaire d'intenter un recours judiciaire, ce qui devrait permettre un règlement des litiges plus économique et plus efficace. En revanche, la solution de la suspension automatique a l'inconvénient d'augmenter le risque que les procédures de recours ne perturbent et ne retardent la passation du marché, ce qui nuirait aux opérations de l'entité adjudicatrice.

2. L'approche adoptée à l'article 56 en ce qui concerne la suspension vise à établir un équilibre entre le droit du fournisseur ou entrepreneur à ce que sa réclamation soit examinée et la nécessité pour l'entité adjudicatrice de conclure un marché d'une manière économique et efficace sans que la passation du marché ne soit indûment perturbée et retardée. En premier lieu, afin de réduire le risque qu'une procédure de suspension ne soit déclenchée sans nécessité, la suspension prévue à l'article 56 n'est pas automatique, mais est soumise à la réunion des conditions énoncées au paragraphe 1. La condition relative à la déclaration que doit faire le fournisseur ou l'entrepreneur demandant la suspension n'a pas pour objet de déclencher une procédure accusatoire, avec présentation de preuves, car cela irait à l'encontre de l'objectif qui est de déclencher rapidement le processus de suspension lors de la présentation en temps utile d'une réclamation. Il s'agit plutôt d'un processus unilatéral, fondé sur l'affirmation par le requérant de l'existence de certaines circonstances, circonstances du type de celles qui doivent être avancées dans de nombreux systèmes juridiques pour obtenir des mesures conservatoires. La condition selon laquelle la réclamation ne doit pas être futile a été incorporée car, même dans le contexte d'une procédure unilatérale, l'instance chargée du recours doit être habilitée à examiner la réclamation, afin de rejeter toute réclamation futile.

3. Afin d'atténuer les effets potentiellement perturbateurs d'une suspension, seule une brève suspension initiale de sept jours peut être obtenue par la procédure relativement simple prévue à l'article 56. Cette brève suspension initiale a pour but de permettre à l'entité adjudicatrice ou à toute autre instance connaissant du recours d'évaluer le bien-fondé de la réclamation et de déterminer si une prolongation de la suspension initiale en vertu du paragraphe 3 serait justifiée. Le risque de perturbation est limité encore par le maximum de trente jours prévu au paragraphe 3 pour la durée totale de la suspension. En outre, le paragraphe 4 permet l'inapplication de la suspension dans des circonstances exceptionnelles, si l'entité adjudicatrice certifie qu'il est nécessaire de poursuivre la procédure de passation du marché pour des considérations urgentes d'intérêt général, par exemple, lorsque le marché porte sur des biens requis d'urgence en raison d'une catastrophe naturelle.

4. Le paragraphe 2 prévoit la suspension pendant une période de sept jours de l'exécution d'un marché déjà entré en vigueur lorsqu'une réclamation est présentée conformément à l'article 54 et répond aux conditions énoncées au paragraphe 1. Cette suspension peut aussi n'être pas appliquée, en vertu du paragraphe 4, et, comme il a été noté plus haut, elle peut être prolongée, en vertu du paragraphe 3, à condition de ne pas dépasser une durée totale de trente jours.

5. Puisque, à part les dispositions figurant à l'article 57, la Loi type ne traite pas des recours judiciaires, l'article 56 ne traite pas de la question d'une suspension ordonnée par les tribunaux, que peut prévoir la législation applicable.

Article 57. Recours judiciaire

L'objet de l'article n'est pas de limiter ou de déplacer le droit à un recours judiciaire que peuvent octroyer d'autres règles juridiques applicables. Il vise simplement à confirmer ce droit et à donner compétence au tribunal ou aux tribunaux spécifiés pour connaître des actions intentées conformément à l'article 52. Il s'agit notamment d'appels contre les décisions rendues par des instances de recours en application des articles 53 et 54, ou contre le fait que ces instances n'aient pas agi. Les aspects de procédure et autres du recours judiciaire, y compris les réparations pouvant être accordées, seront régis par la loi applicable à la procédure judiciaire, qui régira la question de savoir si, dans le cas d'un appel contre une décision rendue par une instance de recours en application des articles 53 ou 54, le tribunal doit examiner depuis le début l'aspect de la procédure de passation du marché faisant l'objet de la réclamation ou se limiter à examiner la légalité ou la pertinence de la décision rendue par l'instance de recours. L'approche minimale de l'article 57 a été retenue afin de ne pas empiéter sur les lois et procédures nationales relatives à la procédure judiciaire.

III. COMPTES RENDUS ANALYTIQUES DES SÉANCES DE LA COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL CONSACRÉES A LA PRÉPARATION DE LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA PASSATION DES MARCHÉS DE BIENS, DE TRAVAUX ET DE SERVICES

Compte rendu analytique de la 520e séance

Mardi 31 mai 1994, à 10 h 30

[A/CN.9/SR.520]

Président temporaire : M. CORELL (Sous-secrétaire général, Conseiller juridique)
puis : M. HERRMANN (Secrétaire de la Commission)

Président : M. MORÁN (Espagne)

La séance est ouverte à 10 h 45.

OUVERTURE DE LA SESSION

1. Le PRÉSIDENT TEMPORAIRE dit que l'histoire internationale contemporaine rend de plus en plus importante l'unification et l'harmonisation du droit commercial international. Le monde a de plus en plus besoin d'un nouvel ordre juridique moderne régissant les échanges transfrontières, et la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) apporte une contribution précieuse dans ce domaine. Le consensus de la communauté internationale, qui veut que le développement économique ne puisse se passer d'un ordre juridique renforçant l'empire du droit, rend le travail de la Commission d'autant plus important que, du point de vue du développement du droit, la loi n'est plus limitée aux questions constitutionnelles et judiciaires, elle s'étend à la mise en place d'une infrastructure juridique favorable au commerce et aux investissements et facilitant le règlement rapide et équitable des différends.

2. La Commission a décidé l'année précédente que la principale question de la session qui s'ouvre serait le projet d'articles sur la passation des marchés de services, qui offrirait aux États un modèle couvrant tous les genres de marchés. Le travail que la Commission a consacré à la passation des marchés a déjà suscité l'intérêt d'un certain nombre de pays, surtout les États nouvellement indépendants et les États dont l'économie est en transition et qui ne disposent souvent d'aucun régime applicable à la passation des marchés. Plusieurs États sont en voie de promulguer des lois sur la passation des marchés inspirées de la Loi type de la CNUDCI. Comme l'acquisition des services est un domaine relativement nouveau où la pratique étatique n'est pas très développée, il est particulièrement important que les dispositions types soient applicables concrètement.

3. La Commission a également apporté une contribution inestimable dans le domaine de l'arbitrage international. Le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976 et la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage de 1985 sont devenus des normes universelles, au regard desquelles sont évaluées et édifiées les règles d'arbitrage et les lois nationales relatives à l'arbitrage international. L'étude des directives à l'intention des conférences préparatoires qui cherchent à améliorer l'efficacité et la prévisibilité de l'arbitrage international vient à point compléter la panoplie juridique de la CNUDCI.

4. L'idée d'examiner les conséquences de l'entrée en vigueur des Règles de Hambourg (1978) tombe tout à fait à propos car la législation actuellement applicable au transport des marchandises par mer laisse trop à désirer. Les débats de la Commission permettront sans doute de passer plus rapidement du régime juridique tiré des Règles de La Haye au régime moderne inspiré des Règles de Hambourg. Pour les travaux futurs, il y a des questions aussi importantes que les aspects transnationaux de l'insolvabilité et du financement par cession de créances, qui seront également débattues à la session en cours.

5. La promotion de l'œuvre de la Commission et des instruments juridiques qu'elle a produits fait maintenant partie du travail ordinaire du Secrétariat. Grâce à ses activités et à l'évolution politique et économique que connaissent de nombreux pays, on reçoit un nombre considérable de demandes d'assistance technique et de séminaires régionaux et nationaux. Répondre à toutes ces demandes est une contrainte de plus pour le budget et l'effectif du Secrétariat. La Commission voudra certainement adopter de nouveaux textes encore dans le proche avenir. Malgré les fréquents appels de la Commission et de l'Assemblée générale, les contributions au Fonds d'affectation spéciale de la CNUDCI pour les colloques n'ont cessé de décliner. Les membres devraient inviter leur gouvernement à augmenter leur contribution au fonds, et à détacher, pour une année ou deux, un juriste au Service du droit commercial international du Bureau des affaires juridiques.

6. Enfin, le Président provisoire rend hommage à la mémoire du professeur Willem Vis, ancien Secrétaire de la Commission, qui est décédé depuis la clôture de la session précédente.

La séance est suspendue à 11 heures ; elle reprend à 11 h 35.

M. Herrmann (Secrétaire de la Commission) prend la présidence.

ÉLECTION DU BUREAU

7. M. JAMES (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord), appuyé par M. GUENTCHEV (Bulgarie), propose la candidature de M. Morán (Espagne) à la présidence de la vingt-septième session, étant entendu que le président de la vingt-huitième session sera originaire d'un État de l'Europe de l'Est.

8. *M. Morán (Espagne) est élu président par acclamation.*

9. *M. Morán (Espagne) prend la présidence.*

ADOPTION DE L'ORDRE DU JOUR

10. M. MELAIN (France) regrette que le Secrétariat n'ait pu publier à temps la version française du rapport du Groupe de travail du nouvel ordre économique international sur les travaux de sa dix-septième session (A/CN.9/392). Les délégations qui travaillent en français n'ont pas eu le temps de consulter leur gouvernement à ce sujet.

11. M. LEVY (Canada) félicite le Secrétariat pour la fidélité avec laquelle il a rendu compte des décisions auxquelles le Groupe de travail était parvenu après deux sessions. Il espère que le débat ne sera pas rouvert, car on ne ferait ainsi que retarder les travaux de la session en cours.

12. Après un débat de procédure auquel participent M. CHOUKRI SBAI (Maroc), M. JAMES (Royaume-Uni), M. LOBSIGER (Observateur de la Suisse) et M. BAVYKIN (Fédération de Russie), M. HERRMANN (Secrétaire de la Commission) déclare que le Bureau des services de conférence, et en particulier le service français de traduction, était surchargé et manquait d'effectifs et que la brièveté des délais n'améliorerait pas les choses. A l'avenir, la Commission voudra sans doute réduire la charge de travail qu'elle impose aux services de conférence. Abordant ensuite la question du calendrier des séances, M. Herrmann dit que le débat sur le sujet difficile que représente la passation des marchés publics doit être achevé avant que la Commission n'aborde la question suivante de l'arbitrage.

13. *L'ordre du jour est adopté.*

NOUVEL ORDRE ÉCONOMIQUE INTERNATIONAL : PASSATION DES MARCHÉS

LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA PASSATION DES MARCHÉS DE BIENS ET DE TRAVAUX ET GUIDE POUR SON INCORPORATION DANS LE DROIT INTERNE (A/CN.9/393)

PASSATION DES MARCHÉS DE SERVICES (A/CN.9/389, A/CN.9/392 et A/CN.9/394)

14. M. HUNJA (Service du droit commercial international), présentant le point à l'examen, explique que le Groupe de travail du nouvel ordre économique international a consacré ses seizième et dix-septième sessions à la question de la passation des marchés. A sa seizième session, dont le rapport a été publié sous la cote A/CN.9/389, il a décidé qu'il fallait prévoir une procédure spéciale pour la passation des marchés de services, intitulée "Sollicitation de propositions de services" et contenue dans un article 39 *bis*, pour élargir la portée du projet de Loi type à la passation des services. Le Groupe de travail a pris deux décisions à sa dix-septième session, consignées dans le rapport correspondant (A/CN.9/392) et dans son annexe, intitulée "Projet de Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services", qui servira de base aux travaux de la Commission à la session en cours.

15. La première décision a consisté à inclure dans la Loi type un chapitre distinct traitant des services, le chapitre IV *bis* intitulé "Sollicitations de propositions relatives à des services". Ce chapitre propose trois méthodes de sélection des propositions. La deuxième grande décision a consisté à postuler que toutes les autres méthodes — outre la sollicitation de propositions — utilisables dans la passation des marchés de biens et de travaux étaient également disponibles pour la passation des marchés de services. Il a été question de simplifier la structure de la Loi type pour la rendre plus facile à adapter pour les États souhaitant adopter une législation qui s'en inspirerait. Le Groupe de travail a également recommandé des projets d'amendement au Guide (A/CN.9/394), qui pourraient être adoptés en même temps que la nouvelle version de la Loi type.

16. M. WALLACE (États-Unis d'Amérique) estime que le libellé de chaque disposition est d'une manière générale satisfaisant, et rend bien compte des progrès réalisés. Les deux questions qui restent à résoudre concernent le chapitre IV *bis*, à l'égard duquel la Commission devrait procéder comme elle l'a fait dans le passé, et la structure de la Loi type et la multiplicité des méthodes qu'elle propose, qui sont autant de sujets de préoccupation. Peut-être vaudrait-il mieux que la Commission délègue la responsabilité de ces questions à un Groupe de travail qui lui présenterait ultérieurement ses conclusions.

17. M. LEVY (Canada) dit que la multiplicité des méthodes ne devrait pas soulever de problèmes particuliers, puisque les États sont libres d'utiliser la méthode qu'ils souhaitent. La Commission pourrait indiquer qu'elle s'est décidée à inscrire toutes les méthodes existantes après de difficiles négociations. Il ne serait pas sage de rouvrir la question. L'idée de la renvoyer à un Groupe de travail ne résout pas tout à fait le problème, puisque la décision incomberait en fin de compte à la Commission elle-même. On a beaucoup travaillé à mettre au point la structure du texte dont la Commission est saisie, et les délégations devraient se concentrer sur les questions de fond que la Commission doit trancher plutôt que de se laisser entraîner à des discussions hors sujet.

18. M. JAMES (Royaume-Uni) est d'accord avec ce que vient de dire le représentant du Canada. Les propositions dont la Commission est saisie sont l'aboutissement de très longues discussions. Le point important est que la Commission s'entende le plus tôt possible sur la disposition décisive qu'est l'article 16. De toute manière, on ne dispose pas d'assez de temps pour intégrer au calendrier les réunions d'un groupe de travail.

19. M. MELAIN (France) partage également cette opinion. On s'est entendu par consensus sur l'idée de rendre toutes les méthodes disponibles, et il serait inopportun de rouvrir le débat. A son avis, il faut que la Commission, dans son ensemble, règle le sort de l'article 16 le plus tôt possible.

20. M. CHATURVEDI (Inde) demande si la décision d'inclure les marchés de services dans la Loi type a été prise par la Commission ou par le Groupe de travail.

21. M. GOH (Singapour) approuve ce que vient de dire la délégation du Royaume-Uni et pense lui aussi que la Commission devrait aborder ses travaux de fond le plus tôt possible.

22. M. HUNJA (Service du droit commercial international) rappelle que la question d'ajouter le secteur des services au domaine couvert par la loi type a été réglée par la Commission à sa vingt-sixième session, comme on le voit au paragraphe 262 de son rapport à l'Assemblée générale (A/48/17). La Commission doit se souvenir que la Loi type sur la passation des marchés de biens et de travaux, déjà adoptée par l'Assemblée générale, reste à la disposition des États qui ne s'intéressent pas à la passation des marchés de services.

23. M. CHATURVEDI (Inde) dit que sa délégation réserve sa position sur le projet de Loi type.

24. Le PRÉSIDENT invite la Commission à examiner le projet de Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services, publié en annexe au document A/CN.9/392.

Examen du projet de Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services

Préambule

25. *Le préambule est approuvé.*

Article premier

26. *L'article premier est approuvé.*

Article 2 a

27. *L'article 2 a est approuvé.*

Article 2 b

28. *L'article 2 b est approuvé.*

La séance est levée à 13 heures.

Compte rendu analytique de la 521e séance

Mardi 31 mai 1994, à 15 heures

[A/CN.9/SR.521]

Président : M. MORÁN (Espagne)

La séance est ouverte à 15 h 5.

NOUVEL ORDRE ÉCONOMIQUE INTERNATIONAL : PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS (*suite*)

PASSATION DES MARCHÉS DE SERVICES (*suite*) (A/CN.9/392)

Examen du projet de Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services (*suite*)

Article 2, alinéa c (*suite*)

1. M. TUVAYANOND (Thaïlande) demande qu'on lui explique, à propos de la définition des "biens", si les services offerts pour obtenir les biens en question comprennent également le transport. Il demande si, dans l'affirmative, il n'y aurait pas redondance avec la passation des marchés publics de services, puisque le cas serait analogue à ce qui se passe pour les transports, qui sont un service.

2. Le PRÉSIDENT dit qu'à son avis, et au moins dans la version espagnole, il est clair que les services nécessaires pour obtenir les biens ont un caractère accessoire. Il est dit que l'on entend par "biens" les objets de toute sorte, ainsi que les services accessoires à la fourniture des biens si la valeur de ces services ne dépasse pas celle des biens eux-mêmes.

3. M. TUVAYANOND (Thaïlande) souhaiterait savoir si, dans l'hypothèse où l'entité adjudicatrice souhaiterait obtenir une certaine quantité de biens et où le service de transport ne serait pas inclus dans le prix — de telle sorte que l'entité adjudicatrice aurait à passer un autre marché de service de transport — ce dernier marché serait ou non un marché de service.

4. Le PRÉSIDENT dit qu'à son avis quand l'entité adjudicatrice fait un appel d'offres pour se procurer des biens, le cahier des charges doit préciser que le transport doit être inclus dans le prix final des biens. Si, au moment où l'on fait un appel d'offres pour des biens on ne parle pas du transport, il est clair que l'entité adjudicatrice espère que les biens seront remis à destination, et que c'est au soumissionnaire de résoudre la question comme il l'entend.

5. M. HUNJA (Service du droit commercial international) pense qu'il est vraisemblable que l'entité adjudicatrice, si le contrat d'acquisition des biens ne prévoit pas le transport, dispose de ses propres moyens de transport; c'est peut-être la raison pour laquelle la question ne figure pas dans le contrat. Mais si tel n'est pas le cas et s'il faut conclure un marché séparé pour le service de transport, ce service doit être régi par les dispositions de la Loi type qui s'appliquent aux marchés de services. Tout est fonction, en réalité, de la façon dont le contrat est structuré.

6. Le PRÉSIDENT dit que, s'il n'y a pas d'objection, il considérera que la Commission approuve l'alinéa c de l'article 2.

7. *Il en est ainsi décidé.*

Article 2, alinéas d *et* d bis

8. M. LEVY (Canada) rappelle que les parenthèses qui entourent le membre de phrase par lequel se termine l'alinéa *d bis*, tiennent au fait qu'il y avait des incertitudes sur la nature de certains objets du contrat — comme la propriété intellectuelle que différentes juridictions considèrent comme des biens ou comme des services. C'est pourquoi le Groupe de travail a prévu que l'État adoptant la loi type peut spécifier certaines catégories de services. Bien qu'il ne souhaite pas proposer de modifier le texte actuel, il semble à M. Levy qu'il serait opportun d'inclure dans le Guide quelques explications sur les motifs qui ont amené à mettre le texte entre parenthèses car, sinon, certaines juridictions pourraient comprendre qu'il s'agit toujours de services. Il faudrait indiquer dans le Guide que l'intention des auteurs est de couvrir certaines situations peu habituelles, pour éviter toute interprétation erronée.

9. M. UEMURA (Japon), parlant de l'alinéa *d*, pense que la passation de marchés publics de travaux doit être traitée de la même manière que la passation de marchés publics de services. A la session précédente, on a signalé que dans le cas de la passation d'un marché public de services, la qualité de ces services était en grande partie fonction des connaissances et des aptitudes de ceux qui les fournissent. Cette considération a conduit la CNUDCI à

entreprendre la rédaction de nouvelles dispositions sur la passation des marchés publics de services. On rencontre la même situation dans le secteur des travaux, car normalement les travaux de construction recouvrent plusieurs types de services et l'entité adjudicatrice aurait du mal à surveiller et à contrôler la qualité des services ainsi fournis pendant la construction. Si un vice de construction apparaît une fois l'ouvrage terminé, il faut tenir compte de la compétence technique des contractants. C'est pourquoi il vaudrait mieux assimiler la passation des marchés de travaux à la passation des marchés publics de services, au lieu de l'assimiler à la passation des marchés publics de biens. D'autre part, les travaux sont considérés comme une variété de services dans l'accord du GATT sur les marchés publics. C'est pourquoi il faut supprimer le terme "travaux" de la Loi type et expliquer dans le Guide que les travaux sont considérés comme faisant partie des services.

10. M. CHATURVEDI (Inde) déclare à propos de la manière dont on a réglé la question des services que, bien que sa délégation ne s'oppose pas à ce que la CNUDCI se saisisse de la question, elle n'est pas d'accord avec la façon dont elle le fait, au vu du texte publié dans le document A/CN.9/392. A son avis, il ne faut pas, parce que l'on aborde la question des services, modifier si peu que ce soit la Loi type sur la passation des marchés de biens et de travaux qui, du point de vue des pays en développement, présente une utilité considérable. Si on insère la notion de services dans diverses dispositions du texte, on modifie par là même la Loi type approuvée en 1993. Pour la délégation indienne, la seule façon de traiter la question consisterait à incorporer des dispositions distinctes, portant sur les services, soit sous forme d'un protocole additionnel à la Loi type, soit sous forme d'instrument complètement distinct.

11. Pour ce qui est de l'alinéa *c* de l'article 2, où sont définis les "biens", la délégation indienne croit comprendre qu'un bien est quelque chose de tangible, de matériel, alors que les services ne le sont pas. C'est pourquoi il est erroné d'affirmer que les biens comprennent les services et c'est pourquoi il faut distinguer les deux définitions. La délégation indienne n'a aucune proposition à faire pour résoudre ce problème, mais il lui semble qu'on devrait en tenir compte lorsqu'on apportera au texte les dernières retouches.

12. M. TUVAYANOND (Thaïlande) dit qu'au départ sa délégation nourrissait des doutes quant à l'opportunité d'inclure les services dans la définition des "biens". Cependant, après avoir écouté les explications données par le Secrétaire de la Commission, elle accepte le texte tel qu'il est présenté actuellement, puisque bien des choses dépendent de la façon dont le contrat est rédigé. Si le prix des biens comprend les frais de transport, ce service doit faire partie de la définition des biens.

13. Quant à la définition des travaux, la délégation thaïlandaise souscrit à ce qu'a dit la délégation japonaise. La construction est un service avant que d'être un bien, et on ne peut lui appliquer le même régime qu'à la passation des marchés publics de biens. En droit thaïlandais, les travaux sont considérés comme un service, et il serait donc plus facile pour son pays d'accepter le même régime pour les travaux et pour les services. Il serait plus logique de faire disparaître les "travaux", étant entendu qu'ils seraient compris dans la définition des services.

14. M. HERRMANN (Secrétaire de la Commission) précise, sans vouloir s'immiscer dans les délibérations, que les délégations ne peuvent simplement proposer de faire disparaître le terme "travaux", parce que la CNUDCI elle-même a approuvé en 1993 une Loi type sur la passation des marchés publics de biens et de travaux. Si l'on s'interroge sur la nature du régime qui conviendrait pour les services, on peut songer à d'autres types de marchés publics, et décider de celui qui convient le mieux, mais, à la session en cours, la CNUDCI doit ajouter des dispositions relatives aux services, sans tenter de supprimer la notion de "travaux", chose que, techniquement, elle ne peut faire.

15. M. WALLACE (États-Unis d'Amérique) souscrit à ce que vient de dire le Secrétaire. A son avis, la CNUDCI est tenue de s'en tenir à certaines règles de procédure, qui lui interdisent de modifier une loi approuvée, à moins que cela ne soit absolument nécessaire. Cela n'empêche pas de faire droit aux observations de la délégation thaïlandaise à propos de la terminologie.

16. Pour ce qui est en deuxième lieu des observations de la délégation indienne, le Groupe de travail a décidé lui aussi qu'il n'était pas dans ses attributions d'apporter des modifications qui ne fussent justifiées, c'est pourquoi les quelques références aux services que contient le projet actuel sont le minimum qu'il fallait prévoir pour remplir la mission confiée à la CNUDCI en 1993 : dégager des normes spécifiques applicables à la passation des marchés publics de services. A moins d'approuver une loi distincte, en reprenant toutes les dispositions générales du chapitre premier et à moins qu'il y ait une nette majorité dans ce sens, la seule façon de régler la question consiste à prêter des services dans des dispositions distinctes de la Loi type.

17. Pour ce qui est de la définition des "biens", elle se rapproche de celle que reconnaît le droit en vigueur, encore que l'on voit mal pourquoi on a utilisé à ce point le soulignement. Elle est proche de celle de la Convention sur le droit applicable aux ventes internationales de biens mobiliers corporels, qui a servi de base aux notions reprises dans la Loi type.

18. Enfin, comme l'ont signalé d'autres délégations, il est probable qu'en parlant à la fois des biens et des services dans la même définition, on mélange des choses de nature différente. C'est probablement inévitable, et la délégation des États-Unis ne souhaite pas apporter des modifications inutiles à la définition actuelle.

19. Il est d'autre part douteux qu'il faille absolument préciser que le prix des services annexes doit être compris dans le dossier d'appel d'offres. De l'avis de la délégation américaine, la Commission estime que la passation des marchés concernant ce type de services doit se faire à part et reste régie par le chapitre IV *bis*.

20. On peut dire la même chose de la passation des marchés de travaux. Si l'on précise dès le début que les services annexes doivent être fournis pendant la construction des ouvrages, ces services seront régis par les normes qui s'appliquent aux travaux. Si au contraire les services accessoires font l'objet d'un contrat distinct, ils seront régis par les normes applicables aux services.

21. M. HUNJA (Service du droit commercial international) annonce que la Loi type publiée dans l'annexe au rapport de la CNUDCI sur les travaux de sa vingt-sixième session, a fait l'objet d'un tiré à part.

22. M. JAMES (Royaume-Uni), appuyé par l'Australie, déclare souscrire à ce qu'a dit la délégation canadienne; le commentaire devrait préciser la signification de l'alinéa *d bis*. Il faudrait souligner l'importance que revêt le commentaire, surtout lorsqu'il s'agit de services.

23. M. HERRMANN (Secrétaire de la Commission) indique que la délégation canadienne lui a fait savoir que le texte du paragraphe 12 du document A/CN.9/394, où il est question des membres de phrases qui figurent entre parenthèses aux alinéas *c* et *d bis* du document A/CN.9/392, résout à sa satisfaction la question qu'elle avait soulevée. Si une autre délégation n'est pas satisfaite par le libellé du paragraphe 12, le moment est venu pour elle de le faire savoir.

24. M. CHATURVEDI (Inde) constate que les alinéas *b*, *d* et *d bis* ont le même objet, à savoir régler la question des services.

Les services sont d'ailleurs définis aux alinéas *c* et *d*. D'autre part, selon ce que dit l'alinéa *d bis*, il faudra entendre par "services", "tout objet de marché autre que des biens ou des travaux". Si les services sont ainsi définis dans l'alinéa, ce n'est pas la peine de répéter la définition ailleurs. On peut donc se demander si l'alinéa *d* est réellement nécessaire. En tout état de cause, il faudrait définir les services en un seul paragraphe.

25. M. JAMES (Royaume-Uni) juge quelque peu elliptique le paragraphe 12 du document A/CN.9/394 : il serait peut-être utile d'y ajouter une phrase pour préciser de quoi il s'agit.

26. M. HERRMANN (Secrétaire de la Commission) dit que le Secrétariat partage le désir de la délégation indienne de simplifier et d'abréger la disposition du projet à l'examen, et que le Groupe de travail a longuement réfléchi aux libellés des alinéas *c*, *d* et *d bis*. Cependant, il n'a pu trouver une formule plus convenable. Ces alinéas ne cherchent pas seulement à définir les services, ils veulent aussi préciser quelles normes doivent s'appliquer selon le type de services dont il s'agit. Il y a en effet trois catégories de services, à savoir les services accessoires à la fourniture de biens, les services accessoires aux travaux, et les services en général. Le libellé actuel des alinéas en cause prend son origine dans cette distinction.

27. M. TUVAYANOND (Thaïlande) se demande s'il faut réellement conserver le membre de phrase qui figure entre parenthèses à l'alinéa *d bis*. Si on l'interprète au sens strict, il peut servir de clause libératoire, à l'abri de laquelle un état peut décider indûment que certains services échappent à la Loi type, surtout si l'on tient compte de ce que la définition des services a de flou, comme on le voit au paragraphe 12 du document A/CN.9/394. On est fondé à se demander s'il ne vaudrait pas mieux supprimer les mots entre parenthèses car on autoriserait sinon les États à se prévaloir de cette clause pour obtenir un résultat différent de ce que recherche la définition que donne le projet lui-même.

28. M. HUNJA (Service du droit commercial international) pense qu'il est peut-être nécessaire de préciser la portée du membre de phrase qui figure entre parenthèses à l'alinéa *d bis*, non seulement dans le texte mais aussi dans le Guide (document A/CN.9/393). Il s'agit de donner aux États l'occasion de préciser dans quel cas l'objet d'un contrat ne relève pas de la catégorie des biens ou des travaux, surtout quand le libellé du paragraphe *d bis* ne permet pas de trancher la question facilement et lorsque les situations sont ambiguës. En tout état de cause, le membre de phrase en question ne devrait pas être employé pour fixer une exclusion qui ne va pas dans le sens de la Loi type. Il conviendrait donc de renvoyer le libellé actuel au Groupe de travail, qui confirmerait ce qu'il veut dire.

29. Le PRÉSIDENT dit que, s'il n'y a pas d'objections, il considérera que la Commission souhaite approuver tels quels les alinéas *d* et *d bis* de l'article 2.

30. *Il en est ainsi décidé.*

Article 2, alinéas e *à* h, *et article 3*

31. Le PRÉSIDENT dit que, s'il n'y a pas d'objections présentées à propos des alinéas *e* à *h* de l'article 2 et de l'article 3, il considérera que la Commission souhaite les approuver.

32. *Il en est ainsi décidé.*

Article 4

33. M. CHATURVEDI (Inde) sait bien que le projet d'article 4 figure dans la Loi type que l'Assemblée générale a déjà approuvée. Il se demande cependant s'il faut inciter les États à adopter le type de règlement dont il est question dans cet article.

34. Le PRÉSIDENT fait observer que cet article 4 se contente de porter à l'attention du législateur national certains points qui devraient figurer dans les règlements d'application de la Loi type. Il s'agit en outre d'un texte qui figure dans la Loi type approuvée par l'Assemblée générale, sur recommandation de la Commission elle-même, et on ne prendrait pas celle-ci très au sérieux si elle recommandait maintenant autre chose.

35. M. WALLACE (États-Unis d'Amérique) dit qu'il souscrit sans réserve à l'opinion du Président, mais qu'il comprend parfaitement l'inquiétude du représentant de l'Inde. Il propose donc de prévoir dans le commentaire de l'article 4 certains exemples des règlements mentionnés dans le texte, et indique que sa délégation a l'intention de faire sur ce point des propositions concrètes.

Article 5

36. Le PRÉSIDENT dit que s'il n'y a pas d'objections, il considérera que la Commission souhaite approuver l'article 5.

37. *Il en est ainsi décidé.*

Article 6

38. M. KLEIN (Observateur de la Banque interaméricaine de développement) dit que l'alinéa *c* du paragraphe 6 manque de précision et n'explique pas clairement l'objectif qu'il veut servir, qui est d'éviter la disqualification des fournisseurs pour des raisons matérielles ou des omissions purement formelles sans importance, qui se produisent fréquemment. Tel qu'il est libellé, l'alinéa ne dit pas clairement quelles erreurs ou omissions seraient disqualifiantes. Il conviendrait de réaménager cet article, pour combler cette lacune.

39. Le PRÉSIDENT rappelle que cet alinéa, déjà approuvé par le Groupe de rédaction, a été très minutieusement examiné à Vienne et que la Commission doit se montrer circonspecte avant d'envisager d'y apporter des changements. De toute manière, la version espagnole fait une distinction très claire entre ce qui est essentiel et ce qui ne l'est pas.

40. M. WALLACE (États-Unis d'Amérique) appuie le Président et rappelle que la question a été longuement débattue à Vienne, avec pour résultat que l'on a modifié les articles 6 et 7. A son avis il est tout simplement impossible d'apporter maintenant des modifications.

41. M. TUVAYANOND (Thaïlande) se demande, dans un souci de cohérence et de diligence, s'il ne serait pas possible de poser en règle générale qu'à moins que la nature du marché de services ne justifie l'adoption de normes totalement différentes, c'est un texte calqué sur la version antérieure qui sera adopté.

42. M. HERRMANN (Secrétaire de la Commission) indique que ce que propose le représentant de la Thaïlande est exactement la règle. Il y a une Loi type sur la passation des marchés de biens et de services, qui a déjà été approuvée par la Commission et il n'est plus question de la réviser. Mais le Groupe de travail a décidé de l'élargir de manière à y inclure les normes relatives à la passation des marchés de services. Ce faisant, on a signalé les changements apportés au texte d'origine, de telle sorte qu'au moment d'examiner chaque disposition, il ne s'agit plus d'en améliorer la forme, mais de considérer si la Commission juge acceptable les changements en question ou si elle pense qu'il vaudrait mieux les modifier ou les compléter encore, eu égard aux caractéristiques particulières que présente la passation des marchés de services. Le nouveau texte ne doit pas être une deuxième Loi type, mais une

solution commode pour ceux qui souhaitent couvrir les trois catégories de marchés.

43. M. CHATURVEDI (Inde) remercie le Secrétaire de la Commission de ces explications, qui donnent en effet une orientation générale; il pense lui aussi qu'il faut, dans toute la mesure possible, respecter ce qui a déjà été approuvé. Cependant, le fait d'inclure les services dans la Loi type revient à amender celle-ci, et on ne peut empêcher chacun de dire ce qu'il en pense.

44. M. CHOUKRI SBAI (Maroc) considère que le texte du sous-alinéa v de l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 6 manque de précision car il semble couvrir le personnel de direction et les fournisseurs, qui ne devraient pas être condamnés pour certaines infractions; il demande des éclaircissements au Secrétariat.

45. M. HUNJA (Service du droit commercial international) souligne l'importance de la disposition en cause, du point de vue surtout de l'intégrité du processus de passation des marchés. Naturellement, l'intention des auteurs est de couvrir tous les délits qui interviennent dans la fourniture de biens et de travaux, et dorénavant dans la fourniture de services, et arrêter comme règle que les administrateurs et les dirigeants ne doivent pas avoir participé à des infractions pénales. M. Hunja demande si le représentant du Maroc estime qu'on a omis quelque chose en parlant des administrateurs et des dirigeants, à propos de la passation des marchés de services.

46. M. KLEIN (Observateur de la Banque interaméricaine de développement), se référant à l'alinéa *c* du paragraphe 6, estime la disposition mal rédigée, car l'important n'est pas la nature de l'erreur, sinon le fait qu'on peut y remédier.

47. M. CHATURVEDI (Inde) juge que la version anglaise du sous-alinéa v de l'alinéa *b* du paragraphe 1 utilise à tort "*disbarment*" ? Ne devrait-on pas dire "*debarment*".

48. Le PRÉSIDENT constate qu'il n'y a pas d'erreur dans la version espagnole. Après cet éclaircissement, il pense que la Commission est disposée à approuver l'article 6 dans sa totalité.

49. *Il en est ainsi décidé.*

Article 7

50. M. LEVY (Canada) signale à l'attention de la Commission qu'au paragraphe 1 de l'article 7 il faudrait dire chapitre IV *bis*.

51. Le PRÉSIDENT répond que ce point devra être élucidé quand on approuvera le texte dans sa totalité. Pour le moment, il considère que seraient approuvés les paragraphes 1 et 2 de cet article.

52. M. LEVY (Canada) déclare qu'il y a chevauchement entre le sous-alinéa ii de l'alinéa *a* du paragraphe 3, que répète l'article 41 *ter*.

53. Mme SABO (Canada) ajoute que, dans la version française du sous-alinéa ii de l'alinéa *b* du paragraphe 3, il faudrait dire 41 *ter*, et non 39 *ter*.

54. Le PRÉSIDENT dit que, vu les difficultés que soulève le renvoi d'une disposition à une autre, cette question pourrait être éclaircie si le Groupe de travail étudiait attentivement la disposition, surtout lorsqu'il y a références croisées.

55. M. CHATURVEDI (Inde) propose de supprimer le sous-alinéa ii de l'alinéa *b* du paragraphe 3, de manière que le texte retrouve son état d'origine.

56. M. JAMES (Royaume-Uni) dit qu'à son avis la confusion vient de ce que l'article 23 parle du contenu de l'appel à soumissionner ou de la convention pour préqualification, et l'article 41 parle de la sollicitation de propositions de prix. La question devrait être renvoyée aux membres du Groupe de rédaction.

La séance est suspendue à 16 h 35 ; elle reprend à 17 h 5.

57. M. LEVY (Canada) dit qu'il faudrait que le Groupe de rédaction se demande si le sous-alinéa ii de l'alinéa *b* du paragraphe 3 est compatible avec le reste du projet.

58. Le PRÉSIDENT dit que, s'il n'y a pas d'objections, il considérera que la Commission approuve la proposition du Canada.

59. *Il en est ainsi décidé.*

60. M. SHI Zhaoyu (Chine) dit que le sous-alinéa v de l'alinéa *a* du paragraphe 3 contredit le sous-alinéa iii de l'alinéa *a* du même paragraphe, ce qui oblige à réaménager le texte.

61. Le PRÉSIDENT dit que le sous-alinéa v de l'alinéa *a* du paragraphe 3 reprend le texte que l'Assemblée générale a recommandé aux États et qui est déjà approuvé.

62. M. HUNJA (Service du droit commercial international) dit que le sous-alinéa v se réfère à "toutes sortes de conditions", ce qui n'est pas prévu aux sous-alinéas i et iv, et est en rapport avec la présélection. Les conditions en question doivent être compatibles avec la disposition fixée au sous-alinéa iii.

63. M. CHATURVEDI (Inde) dit qu'à son avis il n'y a pas incompatibilité entre les sous-alinéas iii et v. Cela dit, on pourrait faire disparaître le sous-alinéa v.

64. Le PRÉSIDENT dit que, si l'on supprime le sous-alinéa v, on limite les options de l'entité adjudicatrice. C'est pourquoi il conviendrait de le conserver.

65. M. CHATURVEDI (Inde) dit que si l'on supprime le sous-alinéa v, on ne limite en rien les possibilités offertes à l'entité adjudicatrice.

66. Le PRÉSIDENT dit que, s'il n'y a pas d'objections, il considérera que la Commission approuve l'article 7, à l'exception du sous-alinéa ii de l'alinéa *b* du paragraphe 3.

67. *Il en est ainsi décidé.*

Articles 8, 9 et 10

68. Le PRÉSIDENT dit que, s'il n'y a pas d'objections, il considérera que la Commission approuve les articles 8, 9 et 10.

69. *Il en est ainsi décidé.*

Article 11, paragraphe 1

70. M. WALLACE (États-Unis d'Amérique) dit que les alinéas *a*, *b* et *c* du paragraphe 3 de l'article 41 *bis* fixent trois exceptions très larges. Il serait peut-être utile que, dans les cas qui sont envisagés, on applique la procédure fixée au paragraphe 1 de l'article 11. Il vaut donc mieux attendre d'avoir examiné l'article 41 *bis* avant de se prononcer sur le paragraphe 1 de l'article 11.

71. Mme SABO (Canada) dit que, dans la version française de l'alinéa i *bis* du paragraphe 1, il est question de l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 41, ce qui ne semble pas correspondre à ce qui est dit dans la version anglaise.

72. M. TUVAYANOND (Thaïlande) demande des éclaircissements sur l'adjonction du membre de phrase souligné à l'alinéa *d* du paragraphe 1.

73. M. JAMES (Royaume-Uni) répondant à la délégation thaïlandaise, explique que lorsqu'on engage un consultant à l'heure, on ignore normalement à priori combien d'heures il va travailler. C'est pourquoi l'alinéa *d* du paragraphe 1 fait référence aux "modes de détermination du prix", qui permettraient par exemple de calculer le coût de l'heure de travail du consultant. Cela concerne spécialement les marchés de services, de même que le membre de phrase "s'ils sont connus de l'entité adjudicatrice" qui figure au début de ce même sous-alinéa, puisque le processus de passation des marchés peut commencer avant que ne soit achevé le dépouillement des dossiers.

74. M. TUVAYANOND (Thaïlande) dit qu'il ne comprend toujours pas pourquoi on a ajouté "s'ils sont connus de l'entité adjudicatrice", membre de phrase qui paraît superflu puisqu'il faut de toute manière s'informer du mode de détermination du prix.

75. M. WALLACE (États-Unis d'Amérique) explique que le problème dérive en partie du fait que lorsque l'entreprise adjudicatrice prépare, aux termes de l'alinéa ii, un résumé de l'évaluation des offres, des propositions ou devis, elle doit être à même de faire figurer dans ce résumé le prix, peut-être pas de toutes les offres mais au moins de celles des mieux-disants. Dans le cas de la procédure de soumission, on connaît le prix lorsque toutes les offres ont été dépouillées. D'où l'alinéa *d*, qui est là pour éviter que n'apparaissent ultérieurement des problèmes. A propos des services cependant, si on utilise la quatrième méthode, qui prévoit une hiérarchie des offres, il se peut théoriquement que certaines ne soient jamais dépouillées. D'où l'alinéa *e*. Quant à l'alinéa *d*, le Royaume-Uni en a très bien expliqué les motifs.

76. M. CHATURVEDI (Inde) dit que puisqu'on a ajouté l'alinéa *e*, on peut se dispenser d'ajouter à l'alinéa *d* le membre de phrase souligné. Il propose de maintenir tel qu'il est l'alinéa *e*, et de faire disparaître l'alinéa *d* et le membre de phrase souligné.

77. Il soutient que c'est trop demander à l'entité adjudicatrice qu'elle vérifie le mode de détermination du prix, par exemple en pays étranger. Il devrait suffire de mentionner le prix et les termes et les conditions essentielles de chaque offre. C'est pourquoi M. Chaturvedi propose de supprimer le membre de phrase souligné qui figure à l'alinéa *d*.

78. Le PRÉSIDENT répond qu'à son avis l'entité adjudicatrice a plus de latitude si l'on conserve le texte souligné, car le prix ne peut être connu qu'au moment où la procédure est entamée.

79. M. HUNJA (Service du droit commercial international) dit qu'en effet l'expression soulignée donne plus de latitude à l'entité adjudicatrice et est un reflet de ce qui se produit dans la pratique de la passation des marchés de services, puisque la majorité des soumissionnaires ne propose pas un prix fixe, mais présente une formule permettant de calculer le prix. Quand ce ne serait que pour cette raison, il importe que l'entité adjudicatrice ait la possibilité d'inscrire dans le procès-verbal la base de détermination du prix, et non un prix précis.

80. Le PRÉSIDENT dit que s'il n'y a pas d'objections, il considérera que la Commission souhaite approuver le paragraphe 1 de l'article 11, avec tous ses alinéas.

81. *Il en est ainsi décidé.*

Article 11, paragraphes 2 à 4

82. Le PRÉSIDENT annonce que s'il n'y a pas d'objections, il considérera que la Commission souhaite approuver le texte des paragraphes 2 à 4 de l'article 11 sans les modifier, compte tenu du fait qu'ils reprennent le texte de la Loi type de la CNUDCI approuvée en 1993.

83. *Il en est ainsi décidé.*

Article 11 bis

84. M. CHATURVEDI (Inde) souhaiterait qu'on lui explique pourquoi on a ajouté au texte les expressions soulignées. De l'avis de sa délégation, les offres, propositions et prix ne sont pas toujours rejetés comme dans le cas de la soumission, et il faudrait expliquer pourquoi ces expressions figurent maintenant dans le texte.

85. M. HUNJA (Service du droit commercial international) répond qu'effectivement les offres, propositions et prix peuvent être également rejetés par l'entité adjudicatrice sous certaines conditions, fixées à l'article 11 *bis*, qui est repris de l'article 33 de la Loi type d'origine. Il se passe ceci que dans cette Loi type d'origine, l'article 33 figurait au chapitre III, qui ne parlait que du mécanisme de la soumission. Quand le Groupe de travail a examiné la question des services, il a décidé que cette norme s'appliquait aussi aux offres, propositions et prix. Ainsi, le fond de l'article n'a pas changé, mais, en le faisant passer au chapitre premier, qui concerne les dispositions générales, on a cru utile de souligner les expressions en question.

86. Le PRÉSIDENT dit que, s'il n'y a pas d'objections, il considérera que la Commission souhaite approuver les paragraphes 1, 2 et 3 de l'article 11 *bis*.

87. *Il en est ainsi décidé.*

Article 11 ter

88. Le PRÉSIDENT indique que l'article 11 *ter* est un texte nouveau, et qu'il ne présente donc aucune phrase soulignée. Le Groupe de travail a décidé de le présenter parce qu'il vise le point culminant du processus de la passation de marchés, avec l'entrée en vigueur du marché adjugé.

89. M. CHATURVEDI (Inde) dit que cette délégation juge raisonnable le libellé de l'article 11 *ter*, mais souhaiterait faire une modification mineure : remplacer "au moment de la sollicitation de propositions ou de prix" par "au moment de la sollicitation ou de l'acceptation des propositions ou des prix".

90. M. TUVAYANOND (Thaïlande), appuyé par M. LEVY (Canada), se déclare d'avis que la date d'entrée en vigueur du contrat doit être notifiée au moment où il est fait appel aux offres, propositions et prix pour que les fournisseurs ou entrepreneurs éventuels puissent la connaître à l'avance.

91. M. CHATURVEDI (Inde), revenant sur la proposition qu'a faite sa délégation sur l'article à l'examen, répond qu'il est convaincu que la date d'entrée en vigueur des marchés doit être notifiée au moment où sont acceptés les propositions et les prix.

92. Le PRÉSIDENT constate que la position de l'Inde ne semble pas partagée par les autres membres de la Commission. S'il n'y a pas d'objections, il considérera que la Commission souhaite approuver tel quel l'article 11 *ter*.

93. *Il en est ainsi décidé.*

Article 12

94. M. WALLACE (États-Unis d'Amérique) souligne le caractère novateur de l'article 12, selon lequel tous les marchés doivent

être jugés publiquement, même quand il n'y a qu'un seul fournisseur. Ce projet d'article a pour but de protéger les particuliers des abus éventuels, et de favoriser la transparence. C'est une chose qu'il faudrait peut-être mieux expliquer dans le commentaire, en précisant que la publication des résultats se fera même dans les cas où il n'y a qu'un seul fournisseur, de manière que les concurrents sachent qu'une procédure est en marche. C'est une pratique consacrée dans quelques États, que l'on pourrait étendre aux autres. L'explication que la délégation des États-Unis propose d'ajouter au commentaire porterait cette pratique à l'attention de tous les États, de manière que ceux qui la jugent utile puissent l'adopter.

95. Le PRÉSIDENT dit que le préambule du projet de Loi type dit clairement que l'objectif du texte est de promouvoir la compétence. Ce qui est en jeu, c'est la protection du consommateur et des contribuables. La proposition que fait la délégation des États-Unis est donc fort opportune.

96. M. CHATURVEDI (Inde) dit qu'il ne parvient pas à comprendre ce que signifie le paragraphe 1 de l'article 12, et propose qu'on l'énonce en termes plus clairs. De toute manière, il ne pense pas que l'article en question puisse trouver son application dans la pratique des grands pays, vu l'énorme volume d'avis qu'il faudrait faire.

97. Le PRÉSIDENT pense que le sens du paragraphe en question est tout à fait clair. Il est évident que les avis d'adjudication peuvent être onéreux, mais c'est le prix que les citoyens doivent payer, via les impôts, pour garantir le caractère international du marché. Tel est bien le but que l'on recherche. De toute manière, le paragraphe 3 de l'article 12 autorise l'État à stipuler que le paragraphe 1 ne s'appliquera pas aux marchés dont le prix serait inférieur à un certain seuil. En d'autres termes, les États pourront mitiger le problème soulevé par la délégation indienne.

98. M. LEVY (Canada) dit que dans beaucoup d'États les adjudications sont annoncées normalement dans le journal officiel. L'article 12, qui ne fait que consacrer cette pratique, est tout à fait satisfaisant.

99. M. TUVAYANOND (Thaïlande) propose de remplacer le membre de phrase "dont la valeur est inférieure à ..." par "dont la valeur est faible" pour éviter qu'en cas d'inflation on soit obligé de réviser sans cesse le prix que l'on aurait indiqué dans la législation nationale adoptée conformément à cette disposition.

La séance est levée à 18 h 5.

Compte rendu analytique de la 522e séance

Mercredi 1er juin 1994, à 10 heures

[A/CN.9/SR.522]

Président : M. MORÁN (Espagne)

La séance est ouverte à 10 h 5.

NOUVEL ORDRE ÉCONOMIQUE INTERNATIONAL : PASSATION DES MARCHÉS (*suite*)

PASSATION DES MARCHÉS DE SERVICES (*suite*) (A/CN.9/392)

Examen du projet de Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services *(suite)*

Article 12 (suite)

1. Le PRÉSIDENT invite la Commission à reprendre l'examen de l'article 12 du projet de Loi type sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services.

2. M. TUVAYANOND (Thaïlande) dit que, plutôt que de préciser un prix au paragraphe 3 de l'article 12, il vaudrait peut-être mieux dire "quand le prix du contrat est minime".

3. M. WALLACE (États-Unis d'Amérique) en est d'accord, et ajoute que le niveau minimum doit être différent pour les services de ce qu'il est pour les marchés de travaux et de biens. Plutôt que de modifier la Loi type, il vaudrait peut-être mieux préciser dans le commentaire que le législateur national peut adapter les réglementations de son pays.

4. M. JAMES (Royaume-Uni) pense, comme le représentant des États-Unis d'Amérique, que le commentaire devrait préciser que chaque État doit promulguer sa propre réglementation, et que le montant précis peut varier selon qu'il s'agit de biens, de travaux ou de services. L'article 12 vise à protéger les droits des fournisseurs et entrepreneurs, et aussi ceux des contribuables, en les informant du fait que le marché est adjugé et du montant qu'il représente. Il est important que l'entité adjudicatrice sache quels chiffres elle est tenue de publier.

5. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie) et M. KLEIN (Observateur de la Banque interaméricaine de développement) appuient les propositions des intervenants précédents.

6. *L'article 12, tel qu'amendé, est approuvé.*

Article 13

7. M. HUNJA (Service du droit commercial international), répondant à M. CHATURVEDI (Inde), dit que l'idée de mentionner à la ligne 5 "tout fonctionnaire ou employé ou ancien fonctionnaire ou employé" vise à combler autant de lacunes que possible. Par exemple, le membre du conseil d'administration d'une société n'est pas, à strictement parler, un employé de cette société. Il faut donc employer les deux termes.

8. *L'article 13 est approuvé.*

Article 14

9. M. CHATURVEDI (Inde) dit que l'expression "qui créent des obstacles", qui figure au paragraphe 1, est trop vague, et que

l'expression "y compris des obstacles fondés sur la nationalité" ne convient pas non plus, car la nationalité est un critère valable de sélection dans beaucoup de pays. D'autre part, le terme "ou des services" qui a été ajouté à la deuxième phrase du paragraphe 2 est inapproprié.

10. Le PRÉSIDENT dit que, s'il est vrai que dans certains pays les entrepreneurs locaux ont la préférence, le principe général que pose le paragraphe 1 de l'article 14 est conforme à l'idée, exprimée dans le préambule, que les marchés internationaux doivent avoir la préférence.

11. M. AL-NASSER (Arabie saoudite) dit que, puisque l'article traite essentiellement de marchandises, il n'y a aucune raison d'y ajouter le mot "services".

12. M. WALLACE (États-Unis d'Amérique), appuyé par M. LEVY (Canada), dit qu'il faut parler des services à l'article 14, et que les marques de fabrique peuvent également être utilisées dans le domaine des services. Le secteur tertiaire est en développement exponentiel, et l'article trouvera certainement à s'appliquer à l'avenir.

13. M. CHOUKRI SBAI (Maroc) dit que la question des services se pose dans les domaines qui vont des transports à l'informatique, et que la notion même est en évolution constante. C'est pourquoi il pense, lui aussi, qu'il faut maintenir la référence aux services à l'article 14.

14. *L'article 14 est approuvé.*

Article 15

15. Le PRÉSIDENT pense que l'article 15 doit être approuvé tel quel.

16. *L'article 15 est approuvé.*

17. M. WALLACE (États-Unis d'Amérique) dit que si sa délégation a critiqué auparavant l'article 16, elle est maintenant convaincue qu'il n'y a pas d'autre solution que d'approuver le texte actuel. La solution extrême, qui consisterait à ranger les marchés de biens et les marchés de services sous des rubriques différentes soulèverait d'autres objections elle-même. La délégation américaine souhaite notamment proposer quelques modifications de forme. Au paragraphe 2 de l'article 16, il faudrait ajouter entre parenthèses une définition de la méthode dont on traite, après chacun des articles, et, au paragraphe 3 de l'article 16, remplacer le terme "procédures" par "méthodes".

18. M. LEVY (Canada) dit qu'après examen attentif de l'article 16, sa délégation a conclu que pour que la Loi type soit applicable à des États aussi divers que possible, il faut conserver toutes les méthodes qui y sont énumérées. Les méthodes de passation des marchés sont simplement des choix possibles, et les États sont libres de les modifier.

19. Pour ce qui est de la structure de l'article, M. Levy se dit convaincu que toute tentative de réorganisation de cette disposition créera de nouveaux problèmes, à moins que l'on ne rédige des dispositions distinctes applicables aux services. A son avis, donc, la Commission ne devrait pas toucher à cet article.

20. Mme SABO (Canada) ne peut pas approuver la proposition faite par le représentant des États-Unis, et souhaiterait remplacer le terme "procédures" par "méthodes". La Loi type d'origine fait une distinction entre les premières et les secondes, et remplacer un mot par un autre risque d'être source de confusion.

21. M. WALSER (Observateur de la Banque mondiale) souscrit à l'opinion que le représentant de l'Association internationale du Barreau a exprimée à propos de l'article 16 au cours de la session de mars 1994 du Groupe de travail. Dans le monde entier, les services sont acquis soit par appel d'offres, soit par sollicitation de propositions. Il faudrait donc supprimer l'alinéa *b* du paragraphe 3.

22. M. CHOUKRI SBAI (Maroc) attire l'attention sur un certain nombre de disparités entre la version arabe et les autres versions de la Loi type. La version française, par exemple, parle de "dossier", alors que la version arabe emploie un terme qui signifie "enregistrement". La délégation marocaine souhaiterait particulièrement recevoir des éclaircissements sur le terme "biens", au sens où il faut l'entendre dans le projet de Loi type. Il est important de savoir si le terme est pris dans un sens général, et désigne aussi des droits réels ou intellectuels, ou s'il s'agit de biens meubles et immeubles.

23. M. CHATURVEDI (Inde) dit que sa délégation est en faveur du libellé actuel de l'article 16. Elle ne pense pas qu'il faut supprimer l'alinéa *b* du paragraphe 3.

24. M. JAMES (Royaume-Uni) dit qu'après examen attentif sa délégation a conclu que l'article 16, sous sa forme actuelle, représente la meilleure solution. Elle ne pense pas, par contre, que l'alinéa *b* du paragraphe 3 devrait disparaître. Il faut en effet se souvenir que les États qui promulgueront la loi s'en inspireront pour organiser toutes les opérations de passation des marchés, et la Loi type doit donc prévoir toutes les méthodes dont l'autorité adjudicatrice disposera. Les méthodes élaborées proposées au chapitre IV *bis* ne seraient souhaitables que si les entités adjudicatrices avaient le temps et l'argent à consacrer aux procédures compliquées qu'elles supposent. Il faut également rappeler que les services courants sont de plus en plus souvent acquis à l'extérieur, soit par appel d'offres soit par négociation avec la concurrence.

25. Quant au terme à utiliser au paragraphe 3, qu'il s'agisse de "méthodes" ou de "procédures", M. James fait observer que le chapitre IV *bis* décrit non pas des méthodes, mais une méthode de passation de marchés, qui se compose de différentes sous-procédures. Une solution possible consisterait à dire "méthode" au lieu de "procédures".

26. M. WESTPHAL (Allemagne) fait observer que le paragraphe 1 fait de l'appel d'offres la méthode normale de passation des marchés, alors que le paragraphe 3 semble laisser entendre qu'il ne faut recourir à cette méthode que lorsqu'on a de bonnes raisons de le faire.

27. M. TUVAYANOND (Thaïlande) est en faveur de l'utilisation du mot "méthode" au lieu de "procédures" au paragraphe 3, et en faveur aussi du maintien de l'alinéa *b* de ce paragraphe.

28. A propos des méthodes de travail de la Commission, il déclare que les membres devraient avoir la possibilité de dire ce qu'ils pensent sur n'importe quelle question, même si un problème a déjà été examiné par un groupe de travail. Il ne faut pas oublier que tous les membres de la Commission ne sont pas aussi membres des groupes de travail.

29. M. KLEIN (Observateur de la Banque interaméricaine de développement) déclare soutenir la position exposée par le représentant de la Banque mondiale. Il lui semble que la Commission n'a pas les compétences qui lui permettraient de faire face à toutes les complexités de la Loi type quand on l'applique aux services, et qu'elle a donc voulu faire en sorte que toutes les méthodes de passation des marchés de biens soient automatiquement disponibles pour les marchés de services. Mais beaucoup de méthodes n'étant pas structurées, il faudra donner des directives détaillées sur la manière de les appliquer.

30. M. SHI Zhaoyu (Chine) déclare que sous sa forme actuelle, l'article 16 marque une amélioration par rapport à la version précédente. Cependant, on peut encore apporter des améliorations. Les alinéas *a* et *b* du paragraphe 3 ne définissent pas clairement les méthodes de passation de marchés de services. Pour ces deux textes, on devrait d'abord définir ces méthodes avant d'expliquer les procédures qui s'appliquent à leur mise en œuvre.

31. M. MELAIN (France) approuve le libellé de l'article 16 et pense qu'il faut le lire en parallèle avec le chapitre IV *bis*. Cela dit, la délégation française pense, comme celle du Royaume-Uni, que malgré l'existence du chapitre IV *bis*, on peut utiliser d'autres méthodes de passation des marchés, surtout lorsqu'il s'agit d'un petit volume de services. Se référant au paragraphe 3 de la version française du texte, M. Melain fait observer qu'il n'est plus correct de renvoyer à l'article 39 *bis*, cet article étant devenu le chapitre IV *bis*.

32. M. LOBSIGER (Observateur de la Suisse) juge que l'article 16 est bien pensé dans la mesure où il fait une distinction entre les marchandises et les travaux d'une part et les services de l'autre, tout en respectant la structure préexistante de la Loi type approuvée par la Commission pour les biens et les travaux. Cette disposition clé a permis de limiter à un seul domaine les principales méthodes de passation des marchés. La tâche de réduire le nombre de méthodes sera laissée au législateur national. Cette tâche serait d'autant mieux accomplie qu'on fournirait aux États des renseignements supplémentaires, dans un commentaire qui rendrait compte des doutes qu'ont eus certaines délégations sur certaines méthodes secondaires de passation des marchés et sur leur applicabilité au secteur des services.

33. Mme SABO (Canada) dit que la question de l'emploi de "méthode" ou "procédures" peut être laissée au Groupe de rédaction. Revenant sur l'observation faite par le représentant de l'Allemagne, elle fait observer qu'à moins que l'on mette en avant les nouvelles méthodes de passation des marchés, il est très probable que les entités adjudicatrices manquant d'expérience ne tireront pas le meilleur parti possible de la procédure d'appel d'offres. Il ne faut donc pas toucher à l'article 16. On pourrait indiquer dans un commentaire général que le Groupe de travail a travaillé en présence de représentants très au fait de la passation des marchés, et que les délégations ne disposant pas de compétences particulières avaient consulté les experts de leur pays.

34. M. UEMURA (Japon) dit que sa délégation souhaite savoir si les sollicitations de propositions que prévoit la Loi type correspondent aux procédures d'appel d'offres de l'Accord général sur les tarifs et le commerce (GATT).

35. Le PRÉSIDENT propose d'accepter l'article 7 tel qu'il est actuellement libellé, et de consigner dans le commentaire les propositions avancées par les observateurs de la Banque interaméricaine de développement et de la Banque mondiale. On dirait dans le commentaire que certains États pourraient souhaiter supprimer l'alinéa *b* du paragraphe 3 lorsqu'ils incorporeront la Loi type dans leur droit interne. Comme l'a fait observer le représentant de l'Allemagne, il vaudrait peut-être mieux renverser l'ordre des paragraphes 3 et 2. Répondant aux inquiétudes exprimées par le représentant du Japon, il fait observer que même si la Loi type n'emploie pas la terminologie du GATT, elle correspond à l'esprit de l'Accord du GATT.

La séance est suspendue à 11 h 50 ; elle reprend à 12 h 20.

36. M. HUNJA (Service du droit commercial international), répondant à M. TUVAYANOND (Thaïlande), dit que, dans la Loi type d'origine, la première partie du paragraphe 2 de l'article 16 fixe le droit de l'entité adjudicatrice d'utiliser n'importe quelle méthode, en application des articles 17, 18, 19 et 20, et que la deuxième partie du même paragraphe fixe l'obligation d'expliciter les raisons pour lesquelles ces méthodes sont utilisées. Dans le texte dont la Commission est saisie, les deux problèmes sont réglés dans deux paragraphes différents, les paragraphes 2 et 4 respectivement. On a donc supprimé de l'expression anglaise l'expression "*and, if it does*".

37. M. LEVY (Canada), se référant au paragraphe 4, dit que l'expression "sur lesquels elle s'est fondée pour justifier..." peut soulever des problèmes d'interprétation. Il semble regrettable de demander des justifications pour une chose dont on n'a pas le droit de connaître le contenu, car si insuffisante que soit la justification donnée, l'entrepreneur ne peut rien faire. Le même problème se pose à l'article 41 *sexies*, à l'alinéa *b* du paragraphe 1.

38. M. WALLACE (États-Unis d'Amérique) dit que le libellé a été choisi très attentivement dans les deux cas et qu'il doit rester tel quel, car il s'agit d'une des parties les plus importantes de la Loi type.

39. M. JAMES (Royaume-Uni) se déclare d'accord avec le représentant des États-Unis. Le libellé de l'article 16 est une formule d'accommodement entre ceux qui voulaient que le choix de la méthode puisse être contesté, et ceux qui estimaient qu'il n'y avait pas matière, car cela relevait d'un choix administratif. On a concilié les deux positions en convenant que cela serait du domaine public. La délégation britannique aurait beaucoup de mal à admettre que l'on tente de déranger cet équilibre. Le libellé du paragraphe 4 de l'article 16 est peut-être ambigu parce qu'on peut l'interpréter comme imposant, en matière de services, l'obligation de donner les raisons qui font que telle méthode de sollicitation des propositions a été employée, ce qui irait à l'encontre de la pratique conforme à la Loi type existante, et à l'encontre sans doute de ce que souhaitent les auteurs. Il faudrait donc réviser le libellé de ce paragraphe.

40. M. WALSER (Observateur de la Banque mondiale) dit que le paragraphe 4 de l'article 16 signifie simplement que lorsqu'une entité adjudicatrice utilise une autre méthode que la méthode normale, elle doit justifier ou expliquer son choix. Il aurait peut-être été préférable de prévoir un paragraphe 3 expliquant que la pratique normale consiste à se référer au chapitre IV *bis*, puis un paragraphe 4 indiquant les exceptions à faire dans le cas des services, puis un paragraphe 5 renvoyant au paragraphe 4 pour ce qui est des services et au paragraphe 2 pour ce qui est des biens et des travaux. Cette organisation du texte serait beaucoup plus claire.

41. M. KLEIN (Observateur de la Banque interaméricaine de développement) fait observer que dans beaucoup de cas la règle consacrée à l'article 11 *bis*, selon laquelle l'entité adjudicatrice n'a pas besoin de justifier le rejet des offres, est atténuée par l'obligation de motiver, une fois les plis dépouillés. Cette contrainte vise à empêcher l'entité adjudicatrice de rejeter toutes les offres si un entrepreneur privilégié n'a pas remporté le concours.

42. Le PRÉSIDENT déclare qu'il croit comprendre que la Commission souhaite approuver l'article 16.

43. *Il en est ainsi décidé.*

La séance est levée à 13 h 5.

Compte rendu analytique de la 523e séance

Mercredi 1er juin 1994, à 15 heures

[A/CN.9/SR.523]

Président : M. MORÁN (Espagne)

La séance est ouverte à 15 h 10.

NOUVEL ORDRE ÉCONOMIQUE INTERNATIONAL : PASSATION DES MARCHÉS (*suite*)

PASSATION DES MARCHÉS DE SERVICES (*suite*) (A/CN.9/392)

Examen du projet de Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services (*suite*)

Article 16

1. M. JAMES (Royaume-Uni) n'a aucune objection à faire à la proposition de la délégation des États-Unis. Cela dit, il souhaite que l'on sache officiellement que le Royaume-Uni considère que le paragraphe 2 de l'article 16 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux autorise l'entité adjudicatrice à appliquer une méthode de passation des marchés différente de la procédure d'appel d'offres selon les dispositions des articles 17, 18, 19 et 20, et uniquement si sont réunies les conditions fixées dans ces articles.

2. Le PRÉSIDENT dit que, s'il n'y a pas d'objections, il considérera que la Commission souhaite approuver l'article 16 quant au fond, et le renvoyer au Groupe de rédaction pour qu'il examine la proposition des États-Unis.

3. *Il en est ainsi décidé.*

Articles 17 et 18

4. Le PRÉSIDENT dit que, s'il n'y a pas d'objections, il considérera que la Commission souhaite approuver les articles 17 et 18.

5. *Il en est ainsi décidé.*

Article 19

6. Le PRÉSIDENT dit que, s'il n'y a pas d'objections, il considérera que la Commission souhaite approuver l'article 19 quant au fond, et le renvoyer au Groupe de rédaction pour qu'il envisage d'éviter la répétition du mot "*provided*" dans la version anglaise, et de remplacer le mot "*prestados*" par un terme meilleur dans la version espagnole.

7. *Il en est ainsi décidé.*

Article 20

8. M. WALLACE (États-Unis d'Amérique) approuve l'article 20. Il rappellera cependant que l'alinéa *d* de son paragraphe 1 de cet article, qui autorise l'entité adjudicatrice à s'engager avec un seul fournisseur pour des raisons de normalisation, a été fort débattu au Groupe de travail. En effet, si cette norme ne soulève pas de problèmes majeurs lorsqu'il s'agit de biens, son application devient beaucoup plus malaisée s'il s'agit de services. Par exemple, elle peut donner lieu à des problèmes éthiques. Par conséquent, la délégation américaine se réserve le droit de proposer, lorsqu'on examinera le commentaire de cet alinéa, de dire que les États doivent de préférence régler cette question sous le couvert de l'article 4.

9. Le PRÉSIDENT dit que, s'il n'y a pas d'objections, il considérera que la Commission souhaite approuver l'article 20.

10. *Il en est ainsi décidé.*

Articles 21 à 35

11. Le PRÉSIDENT dit que, s'il n'y a pas d'objections, il considérera que la Commission souhaite approuver les articles 21 à 35.

12. *Il en est ainsi décidé.*

Chapitre IV

13. M. WALLACE (États-Unis d'Amérique) dit qu'il faudrait peut-être modifier légèrement le titre du chapitre ("Passation des marchés par d'autres méthodes que la procédure d'appel d'offres"), compte tenu du fait que le projet comporte maintenant un chapitre IV *bis*, qui lui aussi traite d'une méthode de passation des marchés distincte de l'appel d'offres.

14. M. LEVY (Canada) propose de modifier le titre de manière qu'il se lise "Passation des marchés par d'autres méthodes communes".

15. Le PRÉSIDENT propose d'envisager aussi l'expression "méthodes alternatives", proposée par M. Herrmann.

16. M. LEVY (Canada) fait sienne la proposition de M. Herrmann.

17. M. CHOUKRI SBAI (Maroc) propose que le titre du chapitre IV soit "Procédures de passation des marchés en deux étapes".

18. M. TUVAYANOND (Thaïlande) n'est pas sûr qu'il faille modifier le titre du chapitre, qui est le même que celui des textes déjà approuvés, à moins que ne le justifie la nature particulière des services. Sinon, on pourrait interpréter le changement comme signifiant que la matière mérite un traitement spécial.

19. Le PRÉSIDENT pense, lui aussi, qu'avant d'apporter des changements il faut essayer de trouver de bonnes raisons de le faire.

Articles 37 à 41

20. Le PRÉSIDENT, se référant aux articles 37 à 41, indique que les modifications apportées au texte sont le reflet fidèle des idées échangées tout au long des sessions du Groupe de travail; au demeurant, le texte conserve le libellé original de la Loi type déjà approuvée. Pour cette raison, s'il n'y a pas d'objections, il considérera que ces articles sont adoptés.

21. *Il en est ainsi décidé.*

Chapitre IV bis

22. Le PRÉSIDENT invite la Commission à examiner le chapitre IV *bis*, qui est entièrement nouveau. Il faudra probablement commencer par résoudre le problème du titre qui, au moins en espagnol, correspond à celui de l'article 41 *bis*.

23. M. WALLACE (États-Unis d'Amérique) n'a rien à redire au titre du chapitre, mais demande s'il ne serait pas possible de déplacer le chapitre, pour en faire le chapitre III *bis*, parce que le chapitre III traite de la procédure d'appel d'offres, mode habituel de passation de marchés de biens et de travaux, et que le chapitre IV *bis* traite de la même chose pour les services.

24. M. SHI Zhaoyu (Chine) dit que le chapitre IV *bis* porte sur les sollicitations de propositions. Dans la version anglaise, le chapitre III utilise le terme "*proceedings*" et le chapitre IV parle de "*procedures*" : or, en chinois, on a utilisé le même terme pour les deux. D'autre part, le chapitre IV *bis* parle de "*procedures*" ou de méthodes, et reste en relation avec le chapitre IV. Pour que le contenu du chapitre IV *bis* soit compatible avec celui des chapitres III et IV, on pourrait en modifier le titre de manière qu'il se lise "Méthodes de sollicitation de propositions relatives à des services".

25. M. TUVAYANOND (Thaïlande) demande pourquoi, dans la version anglaise, on utilise deux expressions différentes, une pour le titre du chapitre ("*Request for proposals*") et l'autre pour le titre de l'article 41 *bis* ("*Sollicitation of proposals*"). On ne voit pas la différence.

26. M. WESTPHAL (Allemagne) rappelle qu'au paragraphe 54 de son rapport le Groupe de travail déclare : "C'est ainsi que la sollicitation de propositions et la négociation avec appel à la concurrence visaient des cas dans lesquels l'entité adjudicatrice ne connaissait pas la nature de la solution technique permettant de répondre aux besoins faisant l'objet du marché", alors que l'article 39 traite des cas dans lesquels l'entité adjudicatrice accorde une certaine importance à la qualité des services fournis. Il se demande si l'on doit vraiment utiliser l'expression "sollicitation de propositions" qui, d'après ce qui précède, vise une situation particulière. Dans le document A/CN.9/392, trois titres sont proposés pour l'article 39 *bis*, dont l'un pourrait résoudre le problème actuel : "Procédures spéciales relatives aux marchés de services".

27. M. LEVY (Canada) a lui aussi quelques hésitations sur le titre du chapitre IV *bis*, car il ne faudrait pas répéter le terme "sollicitation de propositions" utilisé à l'article 38. Lorsqu'il s'agit de textes juridiques, on laisse en général le choix du titre pour la fin; et on pourrait donc revenir à la question quand on aura achevé l'examen du chapitre. Pour ce qui est de déplacer ce chapitre, il faut se souvenir que la structure de la Loi type a fait l'objet de très longues délibérations parce que l'on voulait que le texte finalement accepté fût plus cohérent. Cela dit, la délégation canadienne est d'accord pour que l'on place ce chapitre après celui qui traite de la procédure d'appel d'offres, puis qu'on le fasse suivre des autres méthodes ordinaires et des méthodes originales.

28. M. WALLACE (États-Unis d'Amérique) dit que le titre du chapitre soulève une question de fond, dont il ne parlera pas parce que l'Allemagne vient d'en toucher un mot. A son avis, le problème tient en partie au fait que l'article 38 parle de "sollicitation de propositions". D'autre part, on a l'habitude aux États-Unis et, paraît-il, à la Banque mondiale, de parler de "*RFP*" ou "*Requests for proposals*", expression qui sert normalement à désigner ce mode de sélection des fournisseurs. C'est cette raison qui a conduit à adopter la solution de compromis que représente l'expression "sollicitation de demandes de propositions relatives à des services". Pour résoudre le problème que soulève le titre du chapitre, la délégation américaine propose de substituer au titre de l'article 41 *bis* le terme "avis", qui est la démarche qui précède normalement la sollicitation de propositions ou "*RFP*".

29. M. CHATURVEDI (Inde) pense comme le représentant de la Chine que le titre du chapitre IV *bis* n'est pas clair. Il semble que l'on traite ici de dispositions particulières à la passation des marchés de services. Si l'on doit dont remplacer le titre, chose qui semble nécessaire, il vaudrait mieux dire "méthodes de passation de marchés de services". L'Inde n'est pas d'accord pour utiliser le mot "avis", parce qu'elle ne sait pas de quel genre d'avis il s'agit. Pour ce qui est du paragraphe 1 de l'article 41 *bis*, il est dit "en faisant publier un avis demandant aux fournisseurs ou entrepreneurs qui pourraient souhaiter soumettre une proposition...", alors qu'il s'agit d'une méthode d'acquisition de services et qu'il n'est pas toujours nécessaire de publier d'avis. Il semble que telle ne soit pas l'idée des auteurs. Enfin, on ne précise pas les conditions ni l'identité et la qualité de la personne qui fournira les services, ce qui devrait être indiqué à l'article 41 *bis* lui-même.

30. M. JAMES (Royaume-Uni) souscrit à ce qu'ont dit les représentants qui l'ont précédé. Il serait utile à son avis de déplacer le chapitre, en combinant ce déplacement avec la proposition du Secrétaire de la Commission — l'intituler "Autres méthodes" —, car cela rendrait plus claires les dispositions qui suivent. La délégation britannique est également d'accord pour que l'on modifie le titre du chapitre, mais la Commission ne devrait pas consacrer trop de temps à ce point, d'autant plus que le Groupe de travail en a déjà parlé amplement. A son avis, le titre de l'article 41 *bis* prête à confusion et il faudrait que le Groupe de rédaction en reprenne l'examen. L'idée était essentiellement de suivre la séquence de la passation des marchés, qui commence par un avis d'appel d'offres, suivi par l'envoi des dossiers nécessaires. Il s'agit de faire porter l'article 41 *bis* sur l'invitation à présenter des propositions et c'est bien l'offre que l'on envoie en retour. M. James n'est pas d'accord pour que l'on dise simplement "avis", mais le terme devrait figurer dans le titre final.

31. M. WALSER (Observateur de la Banque mondiale) souhaite soulever une question sur la structure du chapitre. Même en admettant les autres méthodes dont il est question à l'alinéa *b* du paragraphe 3 de l'article 16, à savoir l'appel d'offres en deux temps, la sollicitation de propositions et la négociation, on ne parvient pas à comprendre pourquoi il faut demander deux genres de sollicitations, à savoir le genre simple de l'article 18, qui s'applique aussi aux biens et aux travaux, et le genre complexe, pourtant correct, du chapitre IV *bis*. M. Walser souhaiterait qu'on lui explique pourquoi il faut ces deux classes de sollicitations de propositions. Cela rend la situation plus difficile pour l'entité adjudicatrice qui doit, en définitive, décider lequel des deux types doit s'appliquer aux services. Pour la Banque mondiale, même si l'on réglait le problème soulevé à l'alinéa *b* du paragraphe 3 de l'article 16, il faudrait faire disparaître la sollicitation de propositions prévue à l'article 38, parce qu'en réalité il ne sert à rien de prévoir deux classes de sollicitations de propositions.

32. M. LEVY (Canada) pense que le Groupe de travail devrait garder à l'esprit la proposition du Secrétariat de la Commission, qui consiste à parler de "Méthodes de passation des marchés alternatives". Peut-être le problème pourrait-il être résolu si l'on utilisait le terme "Principales méthodes de passation des marchés de services", et en prévoyant l'existence d'autres méthodes "alternatives", applicables aux biens, aux travaux et aux services. L'article 41 *bis* pourrait s'intituler "Avis de sollicitation de propositions", encore que l'expression paraît un peu redondante. Quant à ce que vient de dire le représentant de la Banque mondiale, le Gouvernement canadien s'oppose à toute idée d'éliminer l'article 38, qui s'appliquerait dans les cas où l'on ne sait pas exactement ce que l'on veut, tandis que l'article 41 *bis* serait réservé aux cas où l'on sait exactement de quoi l'on a besoin.

33. M. WALLACE (États-Unis d'Amérique) trouve intéressante l'idée de déplacer le chapitre IV *bis*. Il trouve également intéressante la proposition du Canada consistant à dire "Méthodes principales à adopter de préférence", car cela rendrait logique la proposition du Secrétaire de la Commission consistant à appeler toutes les autres méthodes "alternatives" ce qui concorde avec ce qui est dit dans le Guide. Quant au titre de l'article 41 *bis*, il s'agit précisément d'un avis, et c'est bien ce que dit la disposition elle-même.

34. M. TUVAYANOND (Thaïlande) appuie la proposition du Canada tendant à donner pour titre au chapitre IV *bis* "Avis de sollicitation de propositions de services".

35. M. LEVY (Canada) dit que, dans la version anglaise du paragraphe 1 de l'article 41 *bis*, il faut remplacer "*expression*" par "*expressions*".

36. M. HUNJA (Service du droit commercial international) dit que l'une des procédures de sélection qui figurent à l'article 41 *sexies* est analogue à celle que consacre l'article 38. D'autre part, dans le cas prévu à l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 17, c'est-à-dire quand l'entité adjudicatrice est dans l'impossibilité de formuler des spécifications détaillées pour les services, on recourra à l'article 38. De ce point de vue, il faut remarquer que les méthodes prévues à l'article 38 et au chapitre IV *bis* se chevauchent quelque peu.

37. Le PRÉSIDENT dit que, comme l'a indiqué la délégation canadienne, on aura recours à la procédure de l'article 17 quand on ignorera tout du marché, et quand au contraire on en aura quelque idée, on fera appel à la procédure de l'article 14 *bis*.

38. M. WALLACE (États-Unis d'Amérique) dit que l'on ne sait pas très bien quand on doit recourir à l'article 38, à l'article 39 ou à l'article 41 *bis*. L'article qui doit s'appliquer est celui qui correspond à la situation par les diverses méthodes qu'il prévoit. Ainsi, l'article 41 *bis* fixe la condition relative à l'avis, qui ne figure ni à l'article 38 ni à l'article 39. L'article 41 *ter* contient une énumération détaillée des renseignements qui doivent figurer dans les sollicitations de propositions, à la différence des articles 38 et 39. D'autre part, les critères de l'article 41 *quater* sont très différents de l'article 38.

39. La délégation des États-Unis se plie à la volonté du Groupe de travail et accepte donc les onze méthodes prévues, même si l'on peut en éliminer cinq lorsqu'il est question de services : l'appel d'offres en deux temps, la méthode canadienne, la négociation, l'appel d'offres restreint et les tarifs fournisseur.

40. M. CHATURVEDI (Inde) juge bienvenue la proposition du Canada à propos du titre du chapitre IV *bis*. D'autre part, à la première ligne du paragraphe 1 de l'article 41 *bis*, il faudrait dire que "l'entité adjudicatrice invitera à présenter des offres de services". Au paragraphe 1 encore, il faudrait mentionner la question des qualification et de l'expérience.

41. M. SHI Zhaoyu (Chine) dit que le terme "avis", qui figure dans le titre du chapitre IV *bis*, n'est pas approprié, car ce chapitre traite de bien d'autres questions aussi. Le chapitre IV *bis* porte sur des questions de procédure et il doit prévoir des méthodes spéciales pour les services.

42. M. CHATURVEDI (Inde) se demande si la CNUDCI doit conclure ses travaux avant que se réunisse le Groupe de rédaction.

43. M. HERRMANN (Secrétaire de la Commission) dit que le Groupe de rédaction se réunit pendant la session de la CNUDCI. Il est composé de six équipes de linguistes, qui se chargent de rédiger les versions dans les six langues officielles de l'Organisation. Chaque équipe est composée d'un réviseur des services de traduction de l'ONU et d'un délégué qui assiste à la session de la CNUDCI et qui, pour ce qui est du Groupe, représente une langue et non un gouvernement. Le Groupe s'occupe exclusivement de questions de rédaction et s'il constate qu'un changement peut avoir des conséquences de fond, il le signale à l'attention de la Commission pour qu'elle prenne une décision. Ainsi, grâce au Groupe de rédaction, la CNUDCI peut examiner le travail qu'elle a sur le métier et approuver un texte définitif à la fin de sa session.

La séance est suspendue à 16 h 35 ; elle reprend à 17 h 5.

44. M. JAMES (Royaume-Uni) félicite la délégation des États-Unis de l'éloquence avec laquelle elle s'est portée à la défense des dispositions à l'examen, et notamment du chapitre IV *bis*. Pourtant, elle devrait faire l'effort de comprendre les problèmes que M. Hunja a définis, et qui préoccupent de nombreuses délégations.

45. La délégation des États-Unis a proposé de supprimer les articles 38 et 39, afin que la Commission puisse se concentrer sur le chapitre IV *bis*. La délégation britannique, au contraire, pense qu'il vaudrait mieux conserver le chapitre IV *bis* et se concentrer sur les articles 38 et 39, et sur les conditions dans lesquelles ils s'appliquent. Elle ne souhaite pas proposer cette solution pour ne pas rompre l'accord qui s'est fait au Groupe de travail, mais tient à faire connaître les raisons pour lesquelles le Groupe de travail a formulé ces deux points de vue opposés. Comme M. Hunja l'a indiqué, le véritable problème en la matière est celui des conditions d'application des articles, problème lié à l'article 16, examiné à la session précédente, et aux difficultés que soulèvent les articles 38 et 39 et le chapitre IV *bis*.

46. Tout cela a été largement débattu au Groupe de travail, qui a estimé que, pour ce qui est de la Loi type, il ne pouvait trouver une solution imposant à l'entité adjudicatrice l'obligation de suivre telle ou telle procédure, et qu'il ne pouvait que créer une inclination favorable à la procédure la plus élaborée, celle qui offre le plus de transparence et la meilleure protection. Ces principes ont été consacrés dans le préambule. La délégation du Royaume-Uni est disposée à accepter la formule d'accommodement à laquelle le Groupe de travail a abouti.

47. Il ne s'agit pas d'un problème juridique, il s'agit de savoir comment convaincre les États des avantages que présentent les dispositions de la Loi type. Il s'agit de leur expliquer que, bien qu'il existe une grande diversité de marchés publics, il doit y avoir un principe favorisant la transparence et l'ouverture des procédures d'adjudication. Le Royaume-Uni souhaiterait que cela soit bien clair tant dans le commentaire que dans le rapport.

48. Il est des circonstances qui exigent une plus grande diligence et il est alors fort regrettable que l'on suive une procédure moins rigoureuse. Dans de tels cas, la Loi modèle donne à l'État la possibilité de permettre à l'entité adjudicatrice d'utiliser toutes les autres solutions possibles qui seraient appropriées à son affaire. L'État devra décider du type de responsabilité qu'aura l'entité adjudicatrice, et l'on notera que dans la Loi type et dans le Guide, on trouve une grande diversité de sauvegardes, qui protègent contre l'adoption par l'entité adjudicatrice de procédures critiquables. Ces sauvegardes garantissent que les procédures sont le plus transparentes et le plus ouvertes possible. Toutes ces considérations devront être expliquées aux États, notamment dans le Guide.

49. M. HERRMANN (Secrétaire de la Commission) se dit très préoccupé par ce qui s'est produit au Groupe de travail, c'est-à-dire par la disparité que l'on constate entre le texte qui va être approuvé (la Loi type) et ce qui est dit dans le Guide. Cette question est liée à celle de la "vente" du texte, selon l'expression qui s'est imposée, c'est-à-dire à la nécessité d'en expliquer les dispositions. S'il y a une grande différence entre le texte de la Loi et celui du Guide et si l'on cherche à convaincre les États que la Loi

fonctionne immanquablement dans tous les cas, alors que le Guide affirme le contraire, la contradiction ne facilitera pas l'acceptation du texte.

50. On parle souvent, dans ce contexte, de la pluralité des options. Mais quand on considère le libellé actuel de la Loi, on constate qu'il n'y a pas une seule référence aux options qu'ont les législateurs. On ne parle que des options des entités adjudicatrices. Pourtant, au Groupe de travail, on a souvent parlé des divers choix que devaient pouvoir faire les gouvernements, car ils ne vont pas tous, évidemment, adopter la Loi type dans sa totalité. Dans certaines des dispositions des textes antérieurs, il était explicitement question des options qu'auraient les législateurs. Si on ne mentionne pas ces options dans le texte même de la Loi, il faut le faire au moins dans une note de bas de page, comme dans certains autres cas moins importants. Ce qui est en tout cas impossible, c'est de ne parler de ces possibilités que dans le Guide. Cette proposition vise à ce que les États prennent effectivement le texte comme exemple, ce qui va bien dans le sens de la transparence dont il est question dans le préambule.

51. M. WESTPHAL (Allemagne), se référant à ce que vient de dire la délégation des États-Unis (que la Loi type comprend onze procédures de passation des marchés publics, alors que l'Accord du GATT n'en compte que trois), dit qu'au Groupe de travail, la seule solution qui a été approuvée consistait à dire que le législateur devait choisir entre les onze procédures qui lui étaient offertes. Ce n'est pas un choix facile, beaucoup de pays n'ayant pas d'expérience en la matière et ne disposant pas de normes de passation des marchés publics, et n'étant pas donc à même de choisir la procédure la meilleure. Il est douteux que la CNUDCI puisse définir dans le Guide les principes au regard desquels le législateur pourrait procéder à ce choix, le Groupe de travail lui-même n'ayant pu donner les orientations nécessaires.

52. M. Westphal fait également observer la longueur étonnante de l'article 41 *bis*, dont le texte est très élaboré, et qui signifie d'une certaine façon que l'on incorpore à la Loi type un régime spécial pour les services. Bien que la majorité des délégations s'opposent à l'idée d'élaborer un texte distinct pour les marchés de services, l'article 45 regroupe en quelque sorte les normes applicables aux marchés de services.

53. La Loi type a pour but d'aider les pays en développement et les pays en transition à se doter de leurs propres règles de concurrence pour les marchés publics. Mais il ne faut pas oublier que même si, par l'intermédiaire de la CNUDCI, l'ONU élabore une loi type et recommande aux États de l'adopter, ceux-ci peuvent choisir d'adopter plutôt l'Accord du GATT sur la même matière et qu'il peut même exister d'autres normes que les États préféreraient utiliser, au lieu de celles que la CNUDCI est en voie de préparer.

54. La Loi type est très complexe, et cette complexité n'a fait qu'augmenter quand on a voulu y incorporer les marchés de services. C'est pourquoi la délégation allemande a accueilli avec enthousiasme la proposition du Secrétaire de la Commission, qui souhaiterait que l'on ajoute une note de bas de page à l'article 41 *bis* dans laquelle on préciserait qu'il est possible de choisir entre les diverses options qui s'offrent.

55. M. LEVY (Canada) approuve lui aussi la proposition du Secrétaire de la Commission tendant à ce que l'on recoure aux notes de bas de page, afin que les législateurs voient clairement qu'ils peuvent choisir entre les diverses méthodes et qu'il n'est pas nécessaire qu'ils les adoptent intégralement. Il souscrit également sans réserve aux déclarations des délégations des États-Unis et du Royaume-Uni sur ce que signifie la Loi type et sur les difficultés qui se présentent à l'étape actuelle. La délégation canadienne ne croit pas que l'article 41 *bis* soit nécessaire. Par contre, elle estime que la méthode envisagée à l'article 38 est relativement transparente et à l'abri des pièges bureaucratiques qui apparaissent à l'article 41 *bis*. Il a pourtant été soutenu devant le Groupe de travail qu'il fallait établir des procédures aussi proches que possible de la procédure par appel d'offres. A titre d'accommodement, plusieurs délégations ont demandé que l'on prévoie aussi d'autres méthodes et que l'on indique la plus souhaitable pour la passation des marchés publics de services.

56. Quant à l'inquiétude manifestée par la délégation allemande, qui craint que les législateurs n'aient des difficultés à choisir la méthode qu'ils doivent utiliser, il faut rappeler qu'il est parfaitement possible que les législateurs prennent l'avis des experts ; mais on ne peut arbitrairement éliminer certaines des méthodes prévues dans cet article pour des raisons de simplicité.

57. M. ABOUL ENEIN (Observateur du Centre régional d'arbitrage commercial du Caire) pense que le titre du chapitre IV *bis* n'est pas nécessaire et que l'on pourrait au contraire introduire deux sous-titres à l'intérieur du titre original du chapitre IV : "Passation des marchés par d'autres méthodes que la procédure d'appel d'offres". Le premier sous-titre serait "Procédures autres que l'appel d'offres pour les marchés publics" et couvrirait les marchés de biens, de travaux et de services. Le deuxième, "Procédures spéciales pour les services", couvrirait les articles 41 *bis* et les suivants.

58. M. WALLACE (États-Unis d'Amérique) reconnaît qu'il est possible que les membres du Groupe de travail aient trop corseté le texte, comme l'a noté le représentant de l'Allemagne, mais fait observer que la finalité normative du GATT et celle de la Loi type sont très différentes. Le GATT détermine ce qui est licite et illicite en matière de politique commerciale, mais il n'élabore pas de lois détaillées. Par exemple, il n'a pas défini ce qu'étaient les services. Il ne fait aucun doute que la Loi type de la CNUDCI doit s'adapter aux normes du GATT, mais il est non moins certain que l'objectif qu'elle poursuit sera difficilement atteint avec cet encadrement. Quoi qu'il en soit, la suggestion de M. Herrmann est très intéressante, d'autant plus qu'au chapitre V il y a déjà des notes de bas de page, pour une toute autre raison il est vrai.

59. Il va également sans dire que le Guide doit s'harmoniser avec la Loi type. Bien que son contenu puisse donner l'impression qu'il ne correspond pas exactement au projet de Loi type, le Groupe de travail n'a jamais eu l'intention de s'écarter des dispositions de celui-ci.

60. Quant aux observations du représentant du Canada, il ne faut pas oublier que c'est la première fois que l'on essaie de soumettre le domaine de la passation des marchés de services à une normalisation aussi rigoureuse. Il s'agit donc d'un terrain relativement inconnu pour les États et, dans certains cas, ils n'auront d'autre choix que de recourir à des experts. En fait, la Banque mondiale et les Nations Unies elles-mêmes envoient des experts dans divers pays pour aider les pays en cette matière. La Commission a le devoir d'élaborer une loi type qui sera le plus complète possible. Il se peut que le projet à l'examen ne réponde pas aux conditions d'ordre, de simplicité, de cohérence et d'exhaustivité auxquelles doit satisfaire un texte de cette nature, mais, dans les circonstances où l'on se trouve, il est impossible d'obtenir un meilleur résultat. En tout état de cause, les débats ont été extrêmement utiles. Il faut enfin souligner que la Commission ne s'est pas engagée à promouvoir l'application de telle ou telle méthode de passation des marchés.

61. M. CHATURVEDI (Inde), se référant à l'intervention de M. Herrmann, dit qu'il faut dire clairement dans le texte que les États peuvent choisir entre les diverses méthodes de passation des marchés visées dans la Loi type. Certes, il y a des notes de bas de page au chapitre V, mais il reste à voir si ce moyen permettra de

résoudre le problème auquel on achoppe. De toute manière, la délégation indienne préférerait éviter cette solution, qui est loin d'être satisfaisante. Si elle a pu l'accepter à certaines occasions, c'était uniquement pour ne pas aller à l'encontre de l'opinion majoritaire de la Commission.

62. M. TUVAYANOND (Thaïlande) juge que le texte à l'examen établit un équilibre satisfaisant entre les intérêts des divers membres de la Commission. Le remettre sur le métier serait une perte de temps et un gaspillage de ressources. Il est bon qu'il y ait des opinions diverses, car tous les pays ne sont pas dans la même situation. D'autre part, la Commission n'est pas habilitée à imposer au législateur des procédures de passation des marchés déterminées. La proposition de M. Herrmann semble faire le consensus de la Commission et l'on pourrait donc insérer dans le texte une note qui permettrait de s'assurer que le législateur comprend clairement qu'il n'est pas tenu d'utiliser toutes les méthodes énumérées dans la Loi type, mais qu'il est libre de choisir celles qui répondent le mieux aux intérêts de son pays.

63. M. WALSER (Observateur de la Banque mondiale) approuve sans réserve la proposition de M. Herrmann tendant à ce que la Commission explique mieux aux États membres comment ils doivent procéder au moment de choisir une méthode de passation des marchés, ou plusieurs méthodes. Il conviendrait peut-être d'indiquer dans le texte même que les États ne sont pas tenus d'adopter toutes les méthodes qui y sont énumérées.

64. Il y a deux ans que la Banque mondiale recommande à ses États membres d'adopter la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux, puisque c'est la seule dont on dispose. La Banque offre en outre des services consultatifs et une aide financière pour seconder les pays dans les efforts qu'ils font dans ce domaine. C'est ainsi que la Pologne s'apprête à soumettre la Loi type à l'approbation de son Parlement, et que d'autres pays, comme la Bulgarie, la Slovaquie, l'Estonie et la Lettonie envisagent de le faire. Cela dit, c'est avec certaines réserves que la Banque recommande la Loi type. Elle conseille, par exemple, de ne pas appliquer la méthode de négociation concurrentielle. Par exemple encore, lorsque le projet aura été approuvé, il est probable qu'elle recommandera de ne pas appliquer non plus l'alinéa *b* du paragraphe 3 de l'article 16. En bref, la Banque approuve d'une manière générale tant la Loi type que l'Assemblée générale a déjà adoptée que le projet à l'examen, et elle a l'intention de poursuivre ses activités de promotion des textes normatifs de la CNUDCI.

65. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie) dit qu'il ne sait comment interpréter l'observation du représentant de la Banque mondiale qui a dit que son institution recommandait la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics de biens et de travaux parce que c'était la seule dont on disposait. On attend de la Banque une attitude plus positive.

66. Quant à la proposition de M. Herrmann, M. Griffith se demande s'il ne faudrait pas que le Groupe de rédaction fasse fonction de groupe de travail officieux et prépare le texte des notes qui seront insérées dans le texte. Incidemment, il pourrait envisager de rédiger une petite note reprenant l'observation faite par le représentant de la Thaïlande à propos du paragraphe 3 de l'article 12. En effet, si cette observation figure dans le Guide, on court le risque qu'elle ne passe inaperçue, ce qui ne se produirait pas si elle faisait l'objet d'une note.

67. Le PRÉSIDENT se déclare surpris par les dernières interventions. Une loi type n'est autre chose qu'un modèle de loi, et le législateur peut l'accepter dans sa totalité, ou n'en retirer que ce qui lui semble utile. Si l'on décide d'utiliser des astérisques ou des notes de bas de page, il faudra le faire dans tous les cas où l'on voudra dire au législateur qu'il a un choix à exercer. Si c'est ce genre de choses que l'on veut dire, il ne suffit pas de mettre des astérisques. Il vaudrait mieux rédiger un manuel du législateur, à la rédaction duquel le Secrétariat pourrait contribuer.

68. Le Président se réfère ensuite à la question soulevée par certains représentants à propos des relations entre l'Accord du GATT et la Loi type. Il a eu l'occasion d'étudier la proposition du GATT et les directives de la Communauté européenne en matière de marchés publics. Les méthodes sont les mêmes, mais elles portent des noms différents. Pour ce qui est du GATT, il donne des instructions aux États sur les lois qu'ils doivent adopter, alors que la CNUDCI offre un modèle, et complète donc ainsi parfaitement la fonction du GATT. Il n'y a donc pas de problème d'incompatibilité. La Loi type est un exemple, et le législateur décide dans quelle mesure il le suit.

69. M. HERRMANN (Secrétaire de la Commission) déclare qu'il n'est pas spécialement en faveur d'une note de bas de page, alors qu'il est à l'origine de l'idée. Il ne l'a mentionnée que parce qu'il n'en trouvait pas de meilleure. Le point essentiel est que la Loi type est par nature facultative, mais, lorsqu'on a rédigé le texte, le Groupe de travail et la Commission ont pu s'apercevoir qu'il y avait des cas plus facultatifs que d'autres. La Loi type est un tout, qui peut être promulgué tel qu'il est rédigé, avec de simples adaptations techniques. Si l'une ou l'autre des solutions qu'elle propose ne rencontre pas l'agrément du législateur, il peut la modifier, comme cela a été le cas avec la Loi type sur l'arbitrage. La présente Loi type prévoit plusieurs méthodes de passation des marchés et personne ne prétend qu'un État va les accepter toutes. Pour M. Herrmann, cette faculté d'accepter ou non les diverses méthodes ne doit pas être signalée à part dans un guide, mais dans le texte de la loi elle-même. Il estime enfin que le texte de la note devrait être mis au point par la Commission, et non par le Groupe de rédaction, car c'est une question qui mérite un débat de fond.

70. M. JAMES (Royaume-Uni) se fait l'écho de ce que viennent de dire le Président et M. Herrmann. Il pense lui aussi qu'il ne faut pas charger le Groupe de travail de rédiger un texte sur une question de fond, surtout s'il faut prévoir d'autres notes de bas de page ailleurs dans la Loi type. En l'occurrence, la note à rédiger a une importance décisive. Il regrette d'avoir peut-être donné l'impression qu'il souhaitait revenir sur la solution de compromis à laquelle était parvenu le Groupe de travail. La délégation britannique a simplement voulu qu'on sache qu'il y avait eu une autre position. Elle est parmi celles qui pensent qu'il est possible que certains États souhaitent adopter la totalité des méthodes offertes dans la Loi type, mais croit qu'il sera difficile de leur indiquer, dans les quelques mots d'une note, quelle méthode ils doivent adopter. C'est dans le commentaire qu'il faut le faire, et, lorsque la question a été abordée à la Commission et que l'on a proposé que chaque article soit suivi d'un commentaire, la Commission a conclu que ce n'était pas une solution pratique. M. James s'oppose à l'idée d'ajouter une note de bas de page, parce que le débat que suscitera son contenu sera une perte de temps.

71. Le PRÉSIDENT dit que les astérisques pourraient peut-être renvoyer aux paragraphes pertinents du Guide. Il propose que l'on consacre un certain temps à donner au Secrétariat des orientations pour l'aider à rédiger ce Guide.

La séance est levée à 18 h 10.

Compte rendu analytique de la 524e séance

Jeudi 2 juin 1994, à 10 heures

[A/CN.9/SR.524]

Président : M. MORÁN (Espagne)

La séance est ouverte à 10 h 5.

NOUVEL ORDRE ÉCONOMIQUE INTERNATIONAL : PASSATION DES MARCHÉS (*suite*)

PASSATION DES MARCHÉS DE SERVICES (*suite*) (A/CN.9/392)

Examen du projet de Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services (*suite*)

1. Le PRÉSIDENT dit que l'on s'est inquiété du titre exact du projet de Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services, tel qu'il est publié dans l'annexe du rapport du Groupe du travail du nouvel ordre économique international sur les travaux de sa 17e session (A/CN.9/392). Il propose que le titre final reste le même que dans l'annexe, moyennant la suppression des crochets et du terme "projet de".

2. M. TUVAYANOND (Thaïlande) dit qu'il lui semble superflu, puisque la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux a été adoptée, de parler des biens et des travaux dans le titre du projet de loi type dont la Commission est actuellement saisie. En fait, la Commission s'occupe uniquement des services, les autres éléments ayant été réglés dans la Loi type précédente. Si l'on maintient le titre envisagé, cela pourrait signifier que les États ne peuvent lire l'une des lois types sans lire l'autre.

3. M. CHATURVEDI (Inde) est d'accord pour dire que la Commission s'occupe actuellement des services uniquement, auquel cas le titre du projet de loi doit être modifié. Mais la Commission doit éviter de revenir sur la Loi type existante, à laquelle il ne faut pas toucher.

4. Le PRÉSIDENT fait observer que le texte du projet de loi type ne traite pas seulement des services.

5. M. HUNJA (Service du droit commercial international) dit que le Groupe de travail s'est déjà interrogé sur le titre, comme on le voit aux paragraphes 16 à 18 de son Rapport. Il était convenu que la Commission déterminerait la meilleure façon d'incorporer le secteur des services dans une loi type, sans doute sous forme d'un texte synthétique traitant à la fois des biens, des travaux et des services. Il y aurait donc eu deux lois types, l'une sur les biens et les travaux, l'autre synthétique sur les biens, les travaux et les services. La seule question à régler était de savoir comment intituler le texte composite.

6. M. WESTPHAL (Allemagne) dit qu'il serait peut-être plus simple d'intituler le projet de loi Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés. Le titre de la première loi type avait été choisi de manière restrictive parce que le texte ne couvrait pas tous les aspects de la passation des marchés. Mais le texte dont la Commission est désormais saisie est plus large. De toute manière, la délégation allemande accepte le titre actuel.

7. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie) dit que le projet de loi type doit contenir une note indiquant qu'il s'agit d'un texte composite couvrant les trois aspects de la passation des marchés et explicitant clairement les rapports entre les deux lois types. La note devrait figurer en évidence sur la première page.

8. M. KLEIN (Observateur de la Banque interaméricaine de développement) dit que l'une ou l'autre formule lui paraît acceptable pour le titre. Il avait cru comprendre que la première loi type céderait le pas à la loi type actuellement à l'étude, qui serait resté le seul texte en vigueur.

9. M. CHOUKRI SBAI (Maroc) pense que la question du titre est d'une extrême importance. Si l'on emploie un titre court, on ne saura pas exactement ce qu'il couvre, et qui est en fait les biens, les travaux et les services.

10. M. TUVAYANOND (Thaïlande) pense lui aussi qu'il ne faut pas utiliser une formule courte, ne parlant que de la passation des marchés, car on ne saurait pas quel aspect exactement serait couvert. Quand le projet de loi type sera adopté, il y aura deux lois types : l'une sur les biens et les travaux, l'autre sur les biens, les travaux et les services, ce qui peut être source de confusion, puisqu'il y aurait deux régimes, similaires mais non identiques, pour les biens et les travaux. Le recours à une note explicative indiquant les rapports entre les deux lois types serait une solution satisfaisante.

11. M. CHATURVEDI (Inde) est d'accord avec l'Observateur de la Banque interaméricaine de développement. A moins que la Commission n'en décide autrement, l'adoption de la deuxième loi type abrogerait implicitement la première loi type, et c'est un point auquel la Commission devrait réfléchir.

12. M. LEVY (Canada) dit qu'un titre complet lui paraît nécessaire pour éviter toute confusion, mais il pense, comme l'Observateur de l'Australie, qu'une note explicative complète, mise en évidence, suffirait.

13. M. AL-NASSER (Arabie saoudite) dit qu'il y a deux possibilités : ou bien il y a deux lois types, l'une traitant des biens et des travaux, l'autre des biens, des travaux et des services; ou bien il n'y a qu'une loi type, unique, uniforme ou normalisée, couvrant les trois domaines. Si le titre tenait compte de ces qualifications, on pourrait éviter toute confusion.

14. M. WALLACE (États-Unis d'Amérique) dit qu'un titre complet, même s'il est peu élégant, est moins trompeur. La proposition faite par l'Observateur de l'Australie est fort pertinente. La note que l'on ajouterait expliquerait simplement qu'il y a une loi sur les biens et les travaux, mais qu'il y a aussi un texte composite couvrant les services, et que les dispositions relatives aux biens et aux travaux sont presque identiques dans les deux lois types.

15. M. SHI Zhaoyu (Chine) dit que le projet à l'examen doit couvrir les trois domaines, car la Commission travaille actuellement à compléter ses travaux antérieurs, en faisant tomber les services sous le coup de la Loi type. Il faut indiquer clairement les rapports qu'il y a entre les deux lois types. C'est pourquoi il convient de conserver le libellé actuel, et, comme l'ont proposé d'autres délégations, d'ajouter une note explicative.

16. M. GOH (Singapour) approuve l'idée d'une note expliquant que la Commission greffe des dispositions concernant les services sur un travail antérieur.

17. M. KLEIN (Observateur de la Banque interaméricaine de développement) demande pourquoi il devrait y avoir deux lois types, et donc deux fois plus de risques de confusion.

18. M. HERRMANN (Secrétaire de la Commission) déclare que la Commission peut abroger la Loi type d'origine si elle le juge bon, mais, jusqu'à présent, elle semblait penser que certains États pourraient s'intéresser uniquement aux biens et aux travaux et recourraient à la première Loi type, alors que d'autre trouveraient plus utile d'avoir une loi type couvrant également la passation des marchés de services. Même s'il y a un texte unique, il se peut que certains États ne s'intéressent pas aux dispositions portant sur les services, et il faudrait indiquer comment n'appliquer que certains éléments du texte unique. Essentiellement, les deux lois types répondent à des besoins différents et, lorsqu'elles recouvrent les mêmes sujets, elles sont identiques sur le fond.

19. M. CHATURVEDI (Inde) fait observer que la première Loi type a déjà été adoptée par l'Assemblée générale et que l'on risquerait d'ajouter encore à la confusion si l'on essayait de l'abroger. Une note explicative devrait suffire à éclaircir la situation.

20. Le PRÉSIDENT déclare que la Commission adopte le titre qui a été proposé au cours de la séance, avec adjonction d'une note explicative.

Article 41 bis. *Sollicitation de propositions*

21. Le PRÉSIDENT présente l'article 41 *bis* et invite les Membres de la Commission à donner leur avis.

22. M. WALLACE (États-Unis d'Amérique) dit que, puisqu'une bonne partie de l'article 41 *bis* concerne l'avis, le terme même devrait apparaître quelque part dans le titre. Ensuite, l'ensemble du chapitre IV *bis* devrait être formulé conformément au principe général selon lequel c'est l'appel d'offres qui est la meilleure méthode de passation des marchés de biens et de travaux, parce qu'elle est concurrentielle et transparente et ouverte aux soumissionnaires internationaux. L'article 41 *bis* oblige à publier l'avis sur le plan interne et sur le plan international. La délégation américaine pense que la préférence que marquent les entités adjudicatrices à l'égard d'un petit nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs avec lesquels elles se sont familiarisées est une politique erronée qui appartient au passé. Il se demande donc si le paragraphe 3 de l'article 41 *bis*, qui fixe des exceptions à ce principe général, doit être maintenu. En troisième lieu, le paragraphe 4 indique que le dossier doit être envoyé à tout fournisseur ou entrepreneur qui en fait la demande. Si le paragraphe 3 et les exceptions qu'il consacre doivent disparaître, le paragraphe 4 peut avoir une utilité. Mais si l'on maintient le paragraphe 3, il y aura des cas où il n'y aura pas d'avis et le paragraphe 4 n'indique pas comment le dossier peut à ce moment-là atteindre l'entrepreneur ou le fournisseur.

23. M. TUVAYANOND (Thaïlande) dit que le paragraphe 3 de l'article 41 *bis* doit être conservé. Il souligne cependant que les méthodes en question ne doivent servir qu'à titre exceptionnel et quand cela se justifie réellement. La délégation thaïlandaise pense que l'obligation de publier un avis sur le plan intérieur et sur le plan international porte préjudice aux pays du tiers-monde, qui sont les acquéreurs des biens, des travaux et des services à fournir. L'obligation de publier l'avis dans un journal de large diffusion internationale ajoute aux dépenses engagées par l'entité adjudicatrice, et privilégie les médias étrangers par rapport aux médias nationaux. Comme il faut également que l'avis soit publié dans une langue utilisée dans le commerce international, les fournisseurs doivent rechercher la collaboration de leurs ambassades et consulter les journaux locaux pour y rechercher les avis.

24. M. JAMES (Royaume-Uni) déclare que, bien que les méthodes décrites à l'article 41 *bis* soient les meilleures méthodes de passation des marchés de services, ce ne sont pas les seules que la Loi type propose. Ainsi, le paragraphe 3 donne les raisons pour lesquelles une entité adjudicatrice pourrait recourir à l'appel d'offres restreint. Il faudrait soumettre la disposition du paragraphe 3 au même préalable que dans le cas de l'appel d'offres restreint, et insérer le terme "sous réserve de l'approbation par l'autorité supérieure" en début de paragraphe. D'autre part, l'alinéa *a* du paragraphe 3 devrait indiquer que la nature complexe ou spécialisée des services signifie que quelques entrepreneurs seulement peuvent les fournir, comme indiqué à l'article 18 qui fixe les conditions du recours à l'appel d'offres restreint. Il est d'autre part périlleux de parler à l'alinéa *a* du paragraphe 3 de "fournisseurs ou entrepreneurs connus d'elle", car cela crée un vide énorme favorable à l'entité adjudicatrice. Il faudrait supprimer cette expression. Enfin, la délégation britannique pense qu'il faut également supprimer l'alinéa *c* du paragraphe 3.

25. M. WALSER (Observateur de la Banque mondiale) se dit persuadé qu'il faut conserver tel quel le paragraphe 3, ou l'amender dans le sens indiqué par le représentant du Royaume-Uni. Les gouvernements ne devraient pas être obligés d'examiner des douzaines de devis complets, surtout lorsque les réalisations en question sont relativement bon marché. Les entités adjudicatrices devraient dresser des listes de fournisseurs et d'entrepreneurs sélectionnés, de manière objective, pour faire en sorte de ne pas recourir toujours aux mêmes.

26. M. CHOUKRI SBAI (Maroc) propose de changer le titre de l'article 41 *bis* et d'en faire "Invitation à faire des propositions". Il est en outre en faveur de la suppression de l'alinéa *c* du paragraphe 3.

27. M. LEVY (Canada) soutient la proposition du Royaume-Uni tendant à soumettre la disposition du paragraphe 3 à l'autorité supérieure. Il estime que le paragraphe 3 pourrait être conservé tel quel. L'un des objectifs de la loi type est de rendre la passation des marchés moins onéreuse et plus efficace. M. Levy s'oppose à la suppression du terme "connus d'elle" qui figure à l'alinéa *a* du paragraphe 3, car cela imposerait une charge trop considérable à l'entité adjudicatrice. Celle-ci ne peut pas être obligée de rechercher dans le monde entier des fournisseurs et des entrepreneurs. C'est le rôle des agents commerciaux et des ambassades que de fournir aux fournisseurs des informations sur les services que le pays cherche à acquérir.

28. M. CHATURVEDI (Inde) dit que sa délégation pense qu'il faut conserver tels quels les paragraphes 2 et 3 de l'article 41 *bis*, et qu'il ne faut pas supprimer l'alinéa *c* du paragraphe 3. Il propose de mentionner au paragraphe 1 les qualifications et l'expérience de ceux qui fournissent les services.

29. M. LOBSIGER (Observateur de la Suisse) ne voit pas comment le fait de publier un avis dans un journal de large diffusion internationale peut être préjudiciable à quiconque. Le paragraphe 3 de l'article 41 *bis* est redondant, et il conviendrait de faire disparaître les exceptions qu'il contient.

30. M. TUVAYANOND (Thaïlande) est d'accord pour que l'on subordonne les dispositions du paragraphe 3 à l'autorisation de l'autorité supérieure. Cependant, il s'oppose à la suppression du terme "connues d'elle" à l'alinéa *a* du paragraphe 3, car cela ouvrirait la porte aux infractions. Enfin, M. Tuvayanond juge que le terme "large diffusion" suffit au paragraphe 2 et qu'il est inutile de préciser "internationale".

31. M. FRIS (États-Unis d'Amérique) est d'avis de mentionner l'approbation de l'autorité supérieure au paragraphe 3 de l'article 41 *bis*. Il convient que l'expression "connus d'elle" qui figure à l'alinéa *a* du paragraphe 3 soulève des problèmes. Il faut surtout que la Loi type n'invite pas les entités adjudicatrices à ne s'adresser qu'à un petit cercle de fournisseurs et d'entrepreneurs. On pourrait prévoir au paragraphe 3 l'obligation de dresser procès-verbal, comme on l'a fait à l'article 11. Cette obligation serait une sauvegarde supplémentaire et pourrait être utile aux entités adjudicatrices soucieuses de dresser une liste de fournisseurs et d'entrepreneurs sélectionnés.

32. M. SHI Zhaoyu (Chine) dit que sa délégation est en faveur du maintien du paragraphe 3. Elle estime que la loi type doit tenir compte de la situation particulière des pays en développement qui doivent se procurer des services. Le paragraphe 3 assure la souplesse nécessaire et permet une large application du texte.

33. Bien que le texte du chapitre IV *bis* marque dans l'ensemble une amélioration considérable par rapport à la version antérieure, il laisse encore à désirer. La délégation chinoise fera le moment voulu des observations sur le chapitre IV *bis*.

34. M. WESTPHAL (Allemagne) constate que le projet de loi type propose, pour la passation des marchés de services, une structure complexe. Les alinéas *a* et *b* du paragraphe 3, qui réglementent l'appel d'offres restreint et les exceptions aux dispositions des paragraphes 1 et 2, doivent être maintenus. Si la publication internationale de l'avis est certainement la meilleure façon d'assurer la transparence, la prolifération qui en résulterait de publications dans la presse soulèverait un certain nombre de problèmes pratiques. Il faut donc prévoir de limiter les obligations en matière de publication. D'autre part, l'alinéa *c* du paragraphe 3, qui concerne la nature des services considérés, doit être éliminé.

La séance est suspendue à 11 h 45; elle reprend à 12 h 10.

35. M. WALSER (Observateur de la Banque mondiale) pense lui aussi que l'alinéa *c* du paragraphe 3 doit disparaître. Cependant, il n'est pas d'avis de supprimer l'expression "connus d'elle" à l'alinéa *a* du même paragraphe. Si l'on enlevait cette restriction, cela créerait des difficultés aux autorités chargées de la passation des marchés, qui seraient forcées d'adopter la méthode courante pour éviter de violer la Loi.

36. M. Walser ne juge pas répétitif le paragraphe 3, au contraire de l'observateur de la Suisse. Le paragraphe 2 consacre l'exception que l'on peut faire à la règle de la publication quand on ne s'adresse qu'à des fournisseurs nationaux ou quand, vu la faible valeur des services considérés, l'entité adjudicatrice décide que seuls des entrepreneurs nationaux peuvent être intéressés par le marché. D'autre part, les dispositions de l'alinéa *b* du paragraphe 3 ne se limitent pas aux fournisseurs nationaux. Les alinéas *a* et *b* du paragraphe 3 doivent être maintenus tels quels.

37. M. TUVAYANOND (Thaïlande) dit que la question dont on débat intéresse particulièrement son pays. Le législateur national s'inquiète en général de l'économie et de la transparence. Pour ce qui est de l'économie, il s'intéresse davantage à réduire les frais pour le contribuable qu'à promouvoir les affaires des médias étrangers. En outre, le coût de la publication de chaque avis d'appel d'offres dans un journal de grande diffusion internationale serait prohibitif. Et si tous les États de la communauté internationale publiaient tous leurs avis, le simple volume des publications serait écrasant. La méthode utilisée en Thaïlande consiste à publier les sollicitations de proposition dans un journal local en anglais, de large diffusion, et à envoyer des circulaires aux ambassades étrangères en Thaïlande. C'est à ces ambassades qu'il appartient de transmettre l'information aux fournisseurs des États qu'elles représentent.

38. La transparence de la procédure de passation des marchés est plus importante que la transparence internationale. Pour obtenir cette transparence, il a été créé en Thaïlande un organe national de lutte contre la corruption, qui doit suivre les travaux des fonctionnaires de l'administration thaïlandaise. La proposition du représentant des États-Unis, tendant à ce qu'un procès-verbal soit établi, est raisonnable et pourrait fournir une solution acceptable. D'autre part, la délégation thaïlandaise ne peut être en faveur des solutions superflues et coûteuses, qui surchargent indûment les contribuables nationaux.

39. M. CHOUKRI SBAI (Maroc) dit que la suppression de l'expression "connus d'elle" à l'alinéa *a* du paragraphe 3 sera source de confusion. Il faut donc la maintenir, puisque d'ailleurs les fournisseurs de services sont en général connus des entités adjudicatrices.

40. M. JAMES (Royaume-Uni) fait observer que l'emploi de certaines expressions déclenche chez certains membres de la Commission des réactions prévisibles. Ainsi du terme "appel d'offres restreint", qui s'est immédiatement attiré les critiques de certains membres. M. James fait également observer que le débat porte sur les principes de transparence, de concurrence internationale dans les marchés publics, et d'ouverture, principes que la Commission a déjà approuvés. Celui de la concurrence internationale pour les marchés publics, par exemple, est déjà consacré dans la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux et il est l'une des réussites les plus remarquables de la Commission dans ce domaine. Ces principes s'appliqueraient également aux dispositions types de la passation des marchés de services.

41. M. James peut accepter la disparition de l'alinéa *c* du paragraphe 3, mais rappelle que lorsqu'elle a examiné l'article 16, la Commission a décidé que la méthode visée à l'alinéa *c* du paragraphe 3 serait la méthode à préférer pour la passation des marchés de services. En attendant donc que la Commission prenne une décision sur l'article 41 *bis*, la délégation britannique se réserve le droit de revenir sur la question ultérieurement. De surcroît, si l'on fait disparaître l'alinéa *c* du paragraphe 3, il faudra suppléer un mécanisme d'approbation. Une solution consisterait à reprendre la terminologie de l'article 18, en disant que l'appel d'offres restreint peut être utilisé quand les services, de par leur nature extrêmement complexe ou spécialisée, ne sont disponibles qu'auprès d'un nombre limité de fournisseurs ou entrepreneurs. Ces conditions pourraient être considérées comme une épreuve objective. Cette solution apaiserait les inquiétudes exprimées par le représentant de la Thaïlande, surtout si l'on réaménageait l'alinéa *a* du paragraphe 3 de manière qu'il se lise : "Lorsque les services requis ne sont disponibles qu'auprès d'un nombre limité de fournisseurs ou entrepreneurs connus d'elle, à condition qu'elle sollicite des propositions de tous les fournisseurs ou entrepreneurs qui sont connus d'elle". L'entité adjudicatrice serait donc protégée contre l'accusation d'avoir manqué aux dispositions des paragraphes 1 et 2.

42. Pour ce qui est de la proposition du représentant de la Thaïlande tendant à faire disparaître au paragraphe 2 la mention des journaux à diffusion internationale, la délégation américaine déclare que la méthode de passation des marchés de services est censée être aussi proche que possible de l'appel d'offres. De surcroît, elle a été adoptée par la Commission à sa session précédente, et par l'Assemblée générale. Il renvoie à ce propos au paragraphe 2 de l'article 22, qui contient exactement la même disposition que le paragraphe 2 de l'article 41 *bis*. Si la méthode de passation des marchés ne tient pas compte de ces principes, la délégation britannique devra se demander si c'est bien la méthode à préférer.

43. M. LOBSIGER (Observateur de la Suisse) dit que certaines des exceptions fixées au paragraphe 3 sont déjà couvertes par le paragraphe 2. Il pense comme l'Observateur de la Banque mon-

diale que le critère de la faible valeur, tel qu'il est exprimé à l'alinéa *b* du paragraphe 3, permet de justifier la non-publication sur le plan international et sur le plan national; ce n'est pas le cas pour le paragraphe 2. Mais la portée de l'alinéa *c* du paragraphe 3 est trop générale. Enfin, l'alinéa *a* du paragraphe 3 est très vague et devrait être remanié.

44. M. WALLACE (États-Unis d'Amérique) dit, à propos de l'analyse du représentant de la Thaïlande, que le paragraphe 3 est une exception aux paragraphes 2 et 1. Il fait sienne l'observation de la délégation britannique sur la publicité internationale, et pense que l'on peut se dispenser de l'alinéa *c* du paragraphe 3. L'alinéa *b* du paragraphe 3 devrait apaiser les inquiétudes du représentant de la Thaïlande en matière d'économie. Quant au mécanisme d'approbation, c'est une disposition facultative que l'on trouve dans toute la Loi type. Le représentant du Royaume-Uni a raison de dire que l'expression "connus d'elle" est très ambiguë, et l'on pourrait tout simplement l'éliminer. Cependant, il faudra, quelque part dans le texte, prévoir l'obligation de dresser procès-verbal. Les marchés de services sont différents des marchés de biens, et, comme on le voit dans le préambule, les objectifs généraux n'excluent pas les services.

45. Mme SABO (Canada) dit que sa délégation souscrit d'une manière générale aux observations du Représentant de la Banque mondiale, à l'exception de sa proposition tendant à supprimer l'alinéa *c* du paragraphe 3. Pour ce qui est du chapeau du paragraphe 3, la Commission pourrait envisager d'ajouter à l'article 11 un alinéa garantissant qu'un procès-verbal sera dressé des décisions prises à propos de la publication de l'avis. Pour ce qui est de l'alinéa *a* du paragraphe 3, Mme Sabo approuve la proposition du Royaume-Uni qui tend à faire disparaître l'expression "connus d'elle".

46. M. AL-NASSER (Arabie saoudite) dit que la publication d'avis dans des journaux de large diffusion internationale peut présenter des avantages financiers, puisqu'elle peut conduire à des prix moins élevés par le jeu de la concurrence. Il est vrai que les attachés commerciaux ont la charge de transmettre les appels d'offres publiés dans les États où ils sont en poste, mais la circulation de l'information entre ambassades, chambres de commerce, puis milieux d'affaires n'est pas sans détours. De surcroît, les hommes d'affaires préfèrent lire la presse internationale directement. On ne voit pas la nécessité d'ajouter la mention de l'approbation de l'autorité supérieure au paragraphe 3. L'alinéa *a* de ce paragraphe est trop restrictif, il faut le remanier. Quant à l'alinéa *c*, si l'idée est de promouvoir l'économie et l'efficacité, il faut faire disparaître l'ensemble du paragraphe. Mais si l'idée est de régler le cas des exceptions, il faut alors remanier le texte et le faire commencer par l'expression "Lorsque les circonstances exigent promptitude et célérité".

47. M. TUVAYANOND (Thaïlande) peut accepter l'idée que le paragraphe 3 ne s'appliquerait qu'avec l'approbation de l'autorité supérieure. Mais il faudrait ajouter à ce paragraphe l'obligation de dresser procès-verbal, de manière à garantir la transparence et à décourager la corruption. Il est surprenant de voir que la plupart des délégations s'inquiètent de l'expression "économie et efficacité" qui figure à l'alinéa *c* du paragraphe 3, alors qu'elle apparaît déjà dans la Loi type. De surcroît, ce paragraphe contient deux grandes sauvegardes, exprimées par les membres de phrase "il n'est possible de promouvoir... qu'au moyen de" et "pour assurer une véritable concurrence". L'obligation de la publication locale de l'avis devrait au moins être prévue dans les deux premiers paragraphes du chapitre IV *bis*. M. Tuvayanond propose que l'expression "connus d'elle" soit remplacée par "largement connus", à titre de formule d'accommodement. D'autre part, il faudrait trouver le moyen d'introduire la notion de diligence dans le texte, car elle est déjà consacrée en droit international comme en droit interne.

La séance est levée à 13 h 5.

Compte rendu analytique de la 525e séance

Jeudi 2 juin 1994, à 15 heures

[A/CN.9/SR.525]

Président : M. MORÁN (Espagne)

La séance est ouverte à 15 h 10.

NOUVEL ORDRE ÉCONOMIQUE INTERNATIONAL : PASSATION DES MARCHÉS (*suite*)

PASSATION DES MARCHÉS DE SERVICES (*suite*) (A/CN.9/392)

Examen du projet de Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services (*suite*)

Article 41 bis (suite)

1. M. KLEIN (Observateur de la Banque interaméricaine de développement) pense qu'il faudrait éliminer l'alinéa *c* du paragraphe 3 de l'article 41 *bis*, car il est dangereux de consacrer une exception si large à une seule méthode de passation des marchés. Rappelant ce qu'a dit le représentant de l'Arabie saoudite, M. Klein estime qu'il faut remplacer cette exception et prévoir plutôt le cas précis où il y aurait urgence. Quant à l'expression "connus de l'entité adjudicatrice", elle a été utilisée à dessein pour éviter le risque d'abus, il suffirait de la modifier légèrement.

2. M. CHATURVEDI (Inde) est en faveur du maintien des paragraphes 2 et 3 tels quels, surtout l'alinéa *c* du paragraphe 3. Dans ce même paragraphe, il n'est pas utile d'ajouter une clause relative à l'approbation par une autorité supérieure, puisque c'est en général ce qui se fait. Il ne juge pas utile de remettre en cause l'expression "le prix qu'elle peut demander...", qui figure au paragraphe 4, mais il aurait de sérieuses réserves à faire sur ce point.

3. M. WALLACE (États-Unis d'Amérique) rappelle que l'on n'a pas examiné ce qui se produit si l'avis prévu au paragraphe 4 n'existe plus.

4. M. TUVAYANOND (Thaïlande) indique que la référence aux "fournisseurs ou entrepreneurs connus" de l'entité adjudicatrice, qui figure à l'alinéa *a* du paragraphe 3, ouvre la porte aux abus.

Il propose de dire simplement "bien connus", puisque, avec la nécessité de dresser le procès-verbal de la passation du marché, on est suffisamment protégé des risques d'abus. Quant à l'alinéa *c*, il ne serait pas judicieux de le faire disparaître, puisque, si l'économie et l'efficacité valent pour la passation des marchés de biens et de travaux, elles devraient valoir tout autant pour les services. Il n'y a pas assez de garanties pour instituer une compétence effective, et il ne s'agit pas d'élaborer une loi qui favoriserait uniquement les fournisseurs: il faut également veiller aux intérêts de leurs clients. Les pays du tiers monde sont les plus grands consommateurs de biens et de services par rapport aux grands pays, mais ils ont peu de défenseurs. Il faut concilier les intérêts des deux parties. Sinon, les instruments que l'on adoptera resteront lettre morte. Comme l'a proposé le représentant des États-Unis, on pourrait peut-être rajouter à ce paragraphe la condition de la publicité locale.

5. M. LEVY (Canada) demande si le chapeau du paragraphe 3 conserve la condition de l'approbation préalable par l'autorité supérieure, et si l'obligation de tenir un dossier de la passation du marché doit figurer à l'article 11 et pas seulement au 41 *bis*. M. Levy souscrit à ce qu'a dit avec éloquence le représentant de la Thaïlande, et c'est d'ailleurs une position qu'il a lui-même soutenue à diverses reprises. Il faut conserver l'équilibre de manière que le document soit acceptable par les pays vendeurs. La Commission n'a pas l'intention de faire disparaître l'alinéa *c* du paragraphe 3, et il ne serait pas juste de vouloir imposer les points de vue d'une région du monde qui, à un moment donné, a atteint un plus grand niveau de développement. Il faut rappeler que le document à l'étude est destiné plutôt aux acheteurs qu'aux vendeurs, qui n'ont guère besoin d'aide. Bien que d'aucuns pensent que du point de vue juridique, l'alinéa *c* du paragraphe 3 est inutile, ce n'est pas une raison suffisante pour l'éliminer, car il contient des éléments intéressants, notamment à propos de l'"économie et l'efficacité".

6. M. JAMES (Royaume-Uni) ne voit aucune disposition de la Loi type sur la passation des marchés de biens et de travaux avec laquelle l'alinéa *c* du paragraphe 3 serait en rapport. Dans le chapeau, il y a bien certains principes, l'économie et l'efficacité, qui s'appliqueront au nouvel article 41 *bis* et à d'autres dispositions sur la passation des marchés. Mais il faut souligner que cette disposition n'est pas prévue dans la Loi type. En particulier, comme on pense que la méthode à l'examen sera la préférée en matière de passation de marchés de services, il faut faire un texte aussi ouvert et aussi concurrentiel que possible.

7. Mme SABO (Canada) dit que, lorsqu'il a rédigé les dispositions à l'examen, le Groupe de travail a commencé par adapter l'article 38 au cas des services. Par la suite, la Commission a considéré qu'il fallait adapter d'autres dispositions de l'appel d'offres, et le Groupe de travail a donc rédigé le chapitre IV *bis*, dont le contenu est composite. C'est ainsi que l'alinéa *c* du paragraphe 3 de l'article 41 *bis* contient une disposition qui est un mélange du paragraphe 2 de l'article 38 et de l'article 18. L'alinéa *c* permet la sollicitation directe, à condition que l'entité adjudicatrice sollicite des propositions d'un nombre suffisant de fournisseurs ou entrepreneurs pour assurer une véritable concurrence. Il faut dire que cette disposition n'est pas bien différente de l'article 38. Le Groupe de travail a essayé de conserver le contenu de cet article 38 dans le cas des services, mais en lui donnant une forme plus appropriée. C'est pourquoi le Canada considère qu'il faut conserver l'alinéa *c* du paragraphe 3 de l'article 41 *bis*.

8. M. CHATURVEDI (Inde) se déclare d'accord avec ce que vient de dire la représentante du Canada. Il ne faut pas oublier les critères de l'économie et l'efficacité, mentionnés à l'alinéa *c* du paragraphe 3 de l'article 41 *bis*. Cela justifie que l'on conserve cet alinéa, même si l'on n'est plus dans le contexte de la passation des marchés de biens et de travaux.

9. M. WALLACE (États-Unis d'Amérique) juge acceptable le paragraphe 2 de l'article 48, d'autant plus que la Commission a décidé de l'accepter vu qu'il était la seule solution de rechange par rapport aux autres méthodes consacrées dans la Loi type. La Commission a considéré que cet article 38 n'était pas suffisant et a donc rédigé le chapitre IV *bis*, qui est plus large que l'article. M. Wallace partage l'opinion exprimée par la délégation thaïlandaise, c'est-à-dire qu'il faut améliorer le libellé de l'alinéa *a* du paragraphe 3 de l'article 41 *bis*. Il faut le rendre plus objectif, ce qui permet à la Commission d'avancer dans ses travaux.

10. Le PRÉSIDENT dit qu'il faut trouver une solution qui ait l'agrément à la fois des partisans du maintien de l'alinéa *c* du paragraphe 3 de l'article 41 *bis* et des partisans de sa suppression.

11. M. TUVAYANOND (Thaïlande), rappelant que certaines délégations ont allégué que les termes "économie et efficacité" figuraient déjà dans la Loi type, dit que les délégations en question s'obnubilent sur la terminologie et oublient la disposition que l'on est en voie d'examiner. Si le terme permet d'éviter les abus dans le domaine de la passation des marchés publics de biens et de travaux, il faut considérer qu'il convient également dans le domaine des services. Il faudra y trouver une solution de compromis sur ce point.

12. La Loi type n'est qu'une orientation pour le législateur. Mais on doit y retrouver l'écho de l'opinion publique internationale, et la Thaïlande est soucieuse de s'y conformer, sans perdre de vue ses intérêts propres.

13. M. WALLACE (États-Unis d'Amérique) dit que l'on pourrait supprimer, dans le chapeau du paragraphe 3 de l'article 41 *bis*, la référence au paragraphe 1, de manière à faire des alinéas *a*, *b* et *c* des exceptions au paragraphe 2. Tous les avis seraient publiés au journal officiel.

14. Considérant que les termes "économie et efficacité" figurent dans le chapeau de l'article 18, la délégation américaine n'aurait pas non plus d'inconvénients à les voir figurer dans le chapeau du paragraphe 3 de l'article 41 *bis*.

15. M. SHI Zhaoyu (Chine) pense qu'il faut conserver l'alinéa *c* du paragraphe 3 de l'article 41 *bis*. L'objectif est d'établir un cadre général, uniforme et détaillé pour aider les pays dans la passation des marchés de services. Cet objectif ne peut être atteint que par une application générale de la Loi type. C'est pourquoi il faut tenir compte de la situation particulière des pays lorsque l'on se réfère au développement législatif du régime de la passation des marchés de services. Si l'on ne tient pas compte de cette considération, il y a peu de chances que le texte soit largement accepté. Si la Chine approuvait une loi contenant une disposition inspirée de ce que dit l'article 41 *bis*, il faudrait qu'elle rende publique la sollicitation de propositions de services dans un périodique de grande diffusion internationale, ce qui lui serait très difficile, car elle ne dispose d'aucun périodique de cette nature. Il faudrait donc qu'elle publie l'avis dans un périodique étranger, ce qui irait à l'encontre des principes de l'économie et de l'efficacité. C'est pourquoi la Chine considère qu'il faut conserver l'article *c* du paragraphe 3 de l'article 41 *bis*.

16. M. LEVY (Canada) est d'accord avec la proposition des États-Unis qui vise à supprimer la référence au paragraphe 1 dans le chapeau du paragraphe 3 de l'article 41 *bis*. Par contre, il ne retient pas la suggestion de l'ONU tendant à transposer les termes "économie" et "efficacité" dans le chapeau du paragraphe 3, parce qu'on toucherait alors aux alinéas *a* et *b*. Pour résoudre la difficulté, il faudrait faire des conditions de l'approbation préalable par l'autorité supérieure et de l'établissement du procès-verbal; il faudrait d'autre part supprimer la condition de publication dans un périodique de diffusion internationale.

17. M. UEMURA (Japon) appuie la position de la délégation américaine et déclare que le paragraphe 3 doit concorder avec l'article 18, de manière à préserver la structure logique de la Loi type.

18. M. CHATURVEDI (Inde) s'oppose à ce que l'on élimine du paragraphe 3 la mention du paragraphe 1, car il s'agit là d'une question de fond trop importante. Il n'aurait par contre aucun inconvénient à ce que l'on transpose les termes "économie et efficacité" dans le chapeau introductif du paragraphe; ce nouveau libellé conviendrait même davantage à la délégation indienne.

19. M. JAMES (Royaume-Uni) appuie la formule de compromis proposée par la délégation des États-Unis. Elle ne lui semble pas aussi impossible et illogique que l'affirme la délégation canadienne, parce que l'article 18 de la Loi type actuelle, dont le texte a été approuvé par la CNUDCI en 1993, serait alors illogique lui aussi, ce qui étonnerait la délégation britannique. Celle-ci estime au contraire qu'avec une formule bien pensée, il serait possible d'exprimer l'esprit du précepte par lequel commence l'article 18.

20. Comme l'a dit la délégation japonaise, il faudrait que la Commission recherche ce qui est à l'origine du texte de l'article 18. Il est vraisemblable que le projet original établi par le Secrétariat ne contenait que l'alinéa *c*, et non les alinéas *a* et *b*. On a alors fait remarquer que ce texte n'était ni satisfaisant ni suffisamment précis et qu'il fallait s'inspirer de l'article 18, et non du 38. C'est pourquoi il a été convenu d'inclure les exemples qui sont donnés à l'article 18. Il est probable que quelqu'un a dit alors qu'il n'était pas possible de laisser de côté la disposition de l'article 38. C'est ainsi peut-être que toutes ces dispositions ont fini par donner l'article 41 *bis*.

21. Dans le compte rendu des délibérations du Groupe de travail qui figurent dans le document A/CN.9/392, on peut voir qu'à aucun moment le Groupe ne s'est entendu de manière explicite sur l'idée de conserver les alinéas *a*, *b* et *c*. Peut-être s'agit-il de la tendance à satisfaire tous les points de vue, portée ici à un degré extrême. Comme il semble que la Commission se rapproche du consensus, peut-être vaudrait-il mieux s'en tenir aux origines de l'article 18 et inclure la référence à l'économie et à l'efficacité dans le chapeau du paragraphe 3.

22. Le PRÉSIDENT dit que l'on incorporerait ainsi, dans le chapeau du paragraphe 3 de l'article 41 *bis*, l'expression "pour des raisons d'économie et d'efficacité", ou une expression analogue, dont on laisserait le choix au Groupe de rédaction. On répondrait ainsi aux inquiétudes exprimées par les délégations qui souhaitent conserver à tout prix l'alinéa *c*, essentiellement parce qu'il donne plus de latitude à l'entité adjudicatrice.

23. Mme SABO (Canada) demande qu'on lui explique le contenu de la proposition. Il lui semble avoir compris que l'on conserverait la référence au paragraphe 1 et que l'on éliminerait l'alinéa *c*. Ce qui l'inquiète, c'est que l'alinéa *c* porte sur beaucoup plus que l'économie et l'efficacité dans la passation du marché par sollicitation directe. Il est aussi une façon de tenir compte de la nature particulière des services demandés en l'occurrence. C'est pourquoi il faudrait sans doute conserver l'alinéa *c*. Le Groupe de travail a analysé à fond l'énorme diversité des services qui peuvent faire l'objet d'une demande, ce qui est un élément trop important pour qu'on le laisse de côté.

24. Le PRÉSIDENT fait remarquer que la notion de services de nature particulière, susceptible d'une procédure particulière, est déjà reconnue, au moins implicitement, dans d'autres dispositions. Peut-être pourrait-on aussi en faire mention dans le chapeau du paragraphe 3, mais cela risque de le surcharger.

25. M. LEVY (Canada) dit que la raison d'être de cette disposition est que le secteur des services est si vaste et s'accroît si rapidement que le Groupe de travail a jugé impossible de prévoir toutes les éventualités et de les caractériser. C'est pourquoi il a prévu cette norme relative à la sollicitation directe pour que l'on puisse, devant une situation qu'il a été impossible de prévoir, recourir à une méthode plus proche de l'appel d'offres — avec cependant une publicité moins étendue — rendant ainsi applicable à ce cas le reste des dispositions de l'article 41 *bis*.

26. M. HUNJA (Service du droit commercial international) rappelle que la CNUDCI s'est posé une autre question lorsqu'elle examinait la Loi type. Dans la pratique, il y a en général une légère différence entre les marchés de biens et de travaux et les marchés de services, la sollicitation directe étant beaucoup plus fréquente dans ce dernier cas. Ce que le Groupe de travail a voulu retenir c'est que, bien que certaines des pratiques actuelles ne répondent peut-être pas aux objectifs de transparence et de concurrence que la Loi type permet d'atteindre, il est peut-être utile de les accepter dans un domaine où la majorité des États n'ont pas trop d'expérience et où ces pratiques ne sont pas non plus très développées. Un exemple de ce type de situation est offert par les propositions de services intellectuels. Cette pratique ne relèverait pas de l'alinéa *a* du paragraphe 3, ni de l'alinéa *b*. L'alinéa *c*, au contraire, donnerait aux États l'occasion de procéder par voie de sollicitation directe.

27. M. WALLACE (États-Unis d'Amérique) dit que la difficulté lui paraît tenir au fait que l'alinéa *c* n'a pas de signification claire, car on ne connaît pas la nature des services. On pourrait l'interpréter comme signifiant que la pratique dont M. Hunja vient de parler est couverte par l'alinéa *b*, et régler ensuite la difficulté en combinant les alinéas *c* et *b*, encore que l'un et l'autre traitent de choses différentes. Une autre solution consisterait aussi à préciser le sens de l'alinéa *c* en indiquant qu'il s'agit de services de nature professionnelle, comme l'a proposé la délégation du Canada. Il ne semble pas que l'emploi des mots "économie et efficacité" soit suffisant pour élucider le texte.

28. Quant aux observations de M. Hunja, marquées du souci d'améliorer la pratique actuelle, il faudrait pour y faire droit réduire ce que la sélection des destinataires de la sollicitation a d'arbitraire, en restreignant donc la portée que l'alinéa *c* a actuellement.

29. M. LEVY (Canada) souscrit à l'opinion exprimée par la délégation américaine, selon laquelle il faut par principe, pour préciser le texte, se référer explicitement à la nature des services.

30. M. TUVAYANOND (Thaïlande) tient à réaffirmer qu'il est fermement en faveur de la conservation de l'alinéa *c*, et ce pour plusieurs raisons. Certains services exigent que le nombre de soumissionnaires soit restreint, et appellent une procédure complètement distincte de celle de l'appel d'offres ou de la sollicitation de propositions. Par exemple, la Thaïlande doit actuellement engager les services d'un conseilleur juridique pour résoudre des litiges frontaliers. Elle doit se réserver le droit de choisir ses conseillers, ceux qu'elle jugera les plus compétents, non seulement du point de vue de leurs connaissances, mais aussi du point de vue de la confiance qu'elle peut leur faire. Il ne s'agit pas seulement d'obtenir les services du mieux-disant, il faut aussi que les conseillers agissent avec la plus grande discrétion dans une affaire aussi délicate.

31. Si l'on fait disparaître l'alinéa *c* du paragraphe 3, il deviendra impossible de recourir à la sollicitation directe dès que la loi sera approuvée. M. TUVAYANOND estime que rien ne pourra expliquer au Parlement thaïlandais, lorsqu'il sera saisi de la question, pourquoi on a supprimé l'alinéa *c*. La délégation thaïlandaise s'oppose donc énergiquement à la disparition de cet alinéa.

32. M. JAMES (Royaume-Uni) dit que le consensus semble se faire sur le transfert dans le chapeau du paragraphe 3 de l'article

41 *bis* de la référence à l'économie et à l'efficacité qui figure à l'alinéa *c*. Il semble également y avoir unanimité sur le fait que, dans certains cas, il faut tenir compte de la nature des services et que le libellé actuel de l'alinéa *c* est trop large, ce qui oblige la Commission à employer une formule plus précise. Il conviendrait concrètement de parler des "services de caractère spécialisé" ou "complexes" et d'inviter le Groupe de rédaction à se référer à l'article 18 au moment où il reformulera cet alinéa.

La séance est suspendue à 16 h 45; elle reprend à 17 h 20.

33. M. TUVAYANOND (Thaïlande) dit qu'il pourrait donner beaucoup d'exemples de situations où il faut recourir à la sollicitation directe, mais qu'il se contentera du cas du pays qui a besoin d'engager des avocats pour faire représenter ses intérêts. Il ne peut évidemment engager un avocat quelconque, il doit en trouver un qui lui inspire confiance. Il s'agit d'un cas qui n'est pas touché par l'exception de sécurité nationale mais qui, comme d'autres, a un caractère confidentiel. Autrement dit, faute d'une disposition sur la sollicitation directe, l'État qui applique cette méthode et agit avec la discrétion nécessaire est en infraction, ce qui est inacceptable. Le Gouvernement thaïlandais pourrait difficilement défendre devant le Parlement un projet de loi inspiré d'un modèle qui n'envisagerait pas la sollicitation directe. Par conséquent, la délégation thaïlandaise pense que le Groupe de rédaction doit essayer de trouver une formule de compromis, inspirée de la proposition du Royaume-Uni.

34. M. LEVY (Canada) dit partager l'opinion de la délégation thaïlandaise : il faut en effet trouver une formule de compromis. Il propose la suivante : dans le chapeau du paragraphe, on conserverait la référence aux paragraphes 1 et 2, on ajouterait la formule "avec l'approbation de ...", et on ferait également référence à l'économie et à l'efficacité. Ensuite, l'article poserait la condition relative à l'établissement du procès-verbal. Quant à l'alinéa *a*, on adopterait la formule proposée par le Royaume-Uni, en ajoutant l'adverbe "bien" avant "connus d'elle", et le membre de phrase serait placé en fin d'alinéa. On maintiendrait tel quel l'alinéa *b*. Enfin, à l'alinéa *c*, on ne parlerait plus de l'économie et de l'efficacité, mais de la grande complexité ou du caractère spécialisé des services, ainsi que de la sollicitation directe, qui serait subordonnée à l'obligation, pour l'entité adjudicatrice, de solliciter un nombre suffisant de fournisseurs ou entrepreneurs, pour assurer une véritable concurrence.

35. M. HERRMANN (Secrétaire de la Commission) rappelle que la proposition qui se voulait une solution de compromis déplaçait la référence à l'économie et à l'efficacité dans le chapeau du paragraphe 3, mais c'était dans l'hypothèse que l'on supprimerait l'alinéa *c*. On peut se demander si cette formule a un sens. En effet, d'une part le libellé de l'alinéa *a* n'a aucun rapport avec l'économie et l'efficacité ; d'autre part, à l'alinéa *b*, on dit que le nombre de propositions doit rester proportionné à la valeur des services que l'on cherche à acquérir. Donc, la référence à l'économie et à l'efficacité serait déplacée à l'égard de l'alinéa *a*, et redondante à l'égard de l'alinéa *b*. Peut-être conviendrait-il que la Commission examine encore la question.

36. M. KLEIN (Observateur de la Banque interaméricaine de développement) dit que la solution du problème serait de trouver une meilleure formule que celle que propose le texte, qui est trop large. L'enjeu est d'importance, car la précision de la formule que l'on emploiera déterminera la nature des services qui seront exclus. Toute exception doit être formulée avec le plus grand soin. En l'occurrence, le manque de précision serait très dangereux pour les États. Il faut que la Loi type donne à l'entité adjudicatrice une idée de la portée de l'exception.

37. M. JAMES (Royaume-Uni) dit que la proposition canadienne ne peut servir de base à une solution de compromis, parce qu'elle ne satisfait que les délégations du Canada et de la Thaïlande. Il regrette que M. Herrmann ait dit que sa proposition de supprimer l'alinéa *c* du paragraphe 3 et de déplacer dans le chapeau de ce paragraphe la référence à l'économie et à l'efficacité n'avait pas de sens. En fait, si on l'approuvait, le paragraphe dirait la même chose que l'article 18, que la Commission a déjà approuvé, et la même chose encore que l'article 18 de la Loi type sur la passation des marchés de biens et de travaux, que l'Assemblée générale a approuvée. Par conséquent, il conviendrait peut-être de revenir en arrière et de reprendre l'examen du chapeau de l'article 18, car il n'est pas évident que les délégations savent bien, en l'acceptant, ce qu'elles sont en train d'approuver. Quoi qu'il en soit, l'important est de bien indiquer qu'il ne s'agit pas de passer de l'appel d'offres public à la sollicitation restreinte, ni d'éliminer l'obligation de l'avis public. De ce point de vue, la proposition de la délégation thaïlandaise est fort utile, car il s'agit en l'occurrence d'avis internationaux. Pour ce qui est de la sollicitation directe, il faut tenir compte de deux considérations : d'une part, l'exception à l'obligation de publicité (par. 3) et, d'autre part, la nécessité de préciser comment et à qui doit être adressé le dossier (par. 4). Ce dernier aspect pourrait être résolu sur la base de la proposition des États-Unis.

38. M. FRIS (États-Unis d'Amérique) est d'accord pour que l'on mette dans le chapeau la référence à l'économie et à l'efficacité et pour que l'on conserve les alinéas *a* et *b*, avec les modifications de forme nécessaires, ainsi que l'alinéa *c*, diminué de la référence à l'économie et à l'efficacité, et augmenté de détails sur la nature plus spécialisée des services qu'il s'agit d'acquérir. Peut-être conviendrait-il de ne pas se borner à répéter l'article 18, car il s'agit en l'occurrence de services, et pourrait-on ajouter une référence à la nature technique et confidentielle de ces services, pour faire droit aux inquiétudes exprimées à la Commission. M. Fris souscrit à ce qu'a dit le représentant du Royaume-Uni sur la sollicitation directe et l'avis public. Sur ce dernier point, il faudrait conserver la condition de la publicité locale et rédiger le texte de manière que les dispositions d'exception ne touchent que la publicité au niveau international.

39. M. KLEIN (Observateur de la Banque interaméricaine de développement) demande si, dans le cas des services, on a prévu l'existence d'une seule source de marché. S'il se présente, le cas particulier invoqué par le représentant de la Thaïlande est résolu. Il n'y a pas dans ce cas concurrence et on engage directement un spécialiste. C'est une pratique généralement acceptée.

40. M. CHATURVEDI (Inde) est d'accord pour le transfert dans le chapeau du paragraphe des notions d'économie et d'efficacité, à condition seulement que l'on ne supprime pas le renvoi aux paragraphes 1 et 2 de l'article.

41. M. SHI Zhaoyu (Chine) ne pense pas qu'il soit judicieux de transférer dans le chapeau du paragraphe 3 les notions d'économie et d'efficacité. Comme le Secrétaire de la Commission l'a expliqué, ce ne serait pas compatible avec le fond des alinéas *a* et *b*. De surcroît, les pays qui appliqueraient la première de ces normes devraient, outre satisfaire à la condition de la nature des services, répondre aux conditions d'économie et d'efficacité, de manière qu'il y aurait contradiction avec les dispositions antérieures. C'est pourquoi la Chine est en faveur de la deuxième proposition du représentant des États-Unis.

42. M. CHATURVEDI (Inde) pense que l'inclusion des notions d'économie et d'efficacité dans le chapeau du paragraphe 3 ne contredit pas ce dont disposent les alinéas *a* et *b*, bien que ceux-ci y touchent en partie.

43. Le PRÉSIDENT demande aux délégations qui ont présenté des propositions d'élaborer un texte pour aider le Groupe de rédaction.

44. M. TUVAYANOND (Thaïlande) demande s'il faut comprendre que les notions d'économie et d'efficacité s'appliquent aussi à l'alinéa *a*. Si tel est le cas, il risque d'être difficile d'appliquer cette disposition en pratique, bien que l'on ait déjà approuvé l'article 18. Comme l'a bien dit le Secrétaire, l'alinéa *a* est une exception à une règle générale. Il faut également tenir compte de l'efficacité en fonction du coût, mais les considérations d'économie n'ont ici d'intérêt que parce que les exceptions doivent s'interpréter *stricto sensu*. Il n'est donc pas souhaitable de déplacer les mentions relatives à ces concepts. Il vaut mieux qu'elles figurent à l'alinéa *c*, parce que les trois éléments doivent être pris en considération lorsqu'il s'agit de services. La délégation thaïlandaise est tentée de souscrire à la proposition des États-Unis, visant à utiliser des expressions comme "nature professionnelle ou confidentielle des services", etc. Elle souhaiterait qu'on lui explique comment s'appliqueront les dispositions si les services ne peuvent être fournis que par un petit nombre de prestataires, ou si l'on ne peut en l'espèce répondre aux exigences de l'économie.

45. M. LEVY (Canada) dit que la référence à l'"économie" et à l'"efficacité" peut être insérée dans le chapeau du paragraphe 3 de l'article 41 *bis*, puisqu'il ne serait ni économique ni efficace de publier un avis dans un journal de diffusion internationale dans les cas prévus aux alinéas *a* et *b* du paragraphe, c'est-à-dire quand les services que l'on cherche à acquérir ne peuvent être fournis que par un petit nombre d'entrepreneurs et quand les frais à engager pour l'examen et l'évaluation d'un grand nombre de propositions seraient sans proportion avec la valeur des services.

46. Le texte de l'alinéa *c* du paragraphe 3 de l'article 41 *bis* pourrait être le suivant : "lorsque les services requis sont de nature très complexe, spécialisée, intellectuelle, technique ou confidentielle, à condition qu'elle sollicite des propositions d'un nombre suffisant de fournisseurs ou entrepreneurs pour assurer une véritable concurrence". M. Levy pense comme la délégation du Royaume-Uni que ce n'est pas la peine de parler de la sollicitation directe, puisqu'il en est implicitement question dans le texte.

47. M. TUVAYANOND (Thaïlande) dit qu'il faut parler de la sollicitation directe parce que dans les cas où les services sont de nature confidentielle, il faut éviter la publicité. Étant donné que les conditions fixées à l'alinéa *c* du paragraphe 3 de l'article 41 *bis* sont très strictes, il vaudrait mieux conserver tels quels les deux textes.

La séance est levée à 18 h 5.

Compte rendu analytique de la 526e séance

Vendredi 3 juin 1994, à 10 heures

[A/CN.9/SR.526]

Président : M. MORÁN (Espagne)

La séance est ouverte à 10 h 10.

ÉLECTION DU BUREAU (*suite*)

1. *M. Tuvayanond (Thaïlande) est élu Rapporteur par acclamation.*

NOUVEL ORDRE ÉCONOMIQUE INTERNATIONAL : PASSATION DES MARCHÉS (*suite*)

PASSATION DES MARCHÉS DE SERVICES (*suite*) (A/CN.9/392)

Examen du projet de Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services (*suite*)

Article 41 bis (suite)

2. M. LEVY (Canada) lit une version révisée des paragraphes 3 et 4 de l'article 41 *bis* du projet de loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services :

"3) (*Sous réserve d'approbation par... (l'État adoptant la Loi type précise quel est l'organe habilité à donner ladite approbation),) si la sollicitation directe est nécessaire pour des raisons d'économie et d'efficacité, l'entité adjudicatrice n'est pas tenue d'appliquer les dispositions des paragraphes 1 et 2 du présent article lorsque :*

a) Les services requis ne sont disponibles qu'auprès d'un nombre limité de fournisseurs ou entrepreneurs, à condition qu'elle sollicite des propositions de tous ces fournisseurs et entrepreneurs;

b) Le temps qu'il faudrait passer et les frais qu'il faudrait engager pour examiner et évaluer un grand nombre de propositions seraient disproportionnés par rapport à la valeur des services requis, à condition qu'elle sollicite des propositions d'un nombre suffisant de fournisseurs ou entrepreneurs pour assurer une véritable concurrence; ou

c) Lorsque la nature des services requis est extrêmement complexe et spécialisée, intellectuelle, technique ou confidentielle, à condition qu'elle sollicite des propositions d'un nombre suffisant de fournisseurs ou entrepreneurs pour assurer une véritable concurrence.

"4) L'entité adjudicatrice distribue la sollicitation ou la documentation de présélection aux fournisseurs ou entrepreneurs conformément aux procédures et dans les conditions spécifiées dans l'avis *ou, lorsque le paragraphe 3 s'applique, directement aux fournisseurs ou entrepreneurs participants*. Le prix qu'elle peut demander pour la sollicitation de propositions ou pour la documentation de présélection doit correspondre uniquement au coût de leur impression et de leur distribution aux fournisseurs ou entrepreneurs. Si une procédure de présélection a été ouverte, elle distribue la sollicitation à chaque fournisseur ou entrepreneur qui a été présélectionné et qui acquitte le prix éventuellement demandé."

3. Le texte a été rédigé par un groupe de rédaction officieux, à partir des délibérations tenues par la Commission le jour précédent. Ce groupe a en outre proposé de modifier l'article 11 de manière à prévoir que l'entité adjudicatrice doit consigner au

procès-verbal toutes les décisions qu'elle aura prises au titre du paragraphe 3 de l'article 41 *bis*.

4. M. TUVAYANOND (Thaïlande) juge que le texte révisé marque une amélioration considérable par rapport à la version qui figure en annexe au document A/CN.9/392, et apaise l'essentiel des préoccupations que sa délégation entretenait à propos de la sollicitation directe. En principe, la Thaïlande accepte la nouvelle version, à condition qu'elle soit disponible par écrit, ce qui lui permettra de l'étudier davantage, et à condition que la capacité qu'ont les entités adjudicatrices de procéder par sollicitation directe soit clairement affirmée dans le compte rendu officiel de la séance.

5. M. KLEIN (Observateur de la Banque interaméricaine de développement), dit que si les alinéas *a* et *b* du paragraphe 3 sont meilleurs que ceux de la version précédente, le paragraphe *c* contient beaucoup trop d'exceptions à la règle fixée au paragraphe 2. Le seul motif qui pourrait justifier une exception, c'est le cas des services ayant un caractère confidentiel. Dans tous les autres cas, on constate que la Loi type va faire disparaître l'obligation de publier des avis internationaux pour des services très variés.

6. Le PRÉSIDENT dit que le Groupe de rédaction pourrait peut-être réduire le nombre d'adjectifs employés à l'alinéa *c* du paragraphe 3 pour décrire la nature des services requis.

7. M. JAMES (Royaume-Uni) est d'accord avec l'Observateur de la Banque interaméricaine de développement pour penser que le seul adjectif qu'il convient de maintenir dans la version révisée de l'alinéa *c* est "confidentielle". Les exceptions fixées dans cet alinéa permettront aux entités adjudicatrices de contourner l'obligation qu'elles ont de publier les avis internationaux, justement dans les cas où ces avis sont le plus nécessaires. D'autre part, des exceptions aussi larges vont à l'encontre de l'esprit dans lequel la Commission a travaillé pendant cinq années et qui vise à assurer la plus large publication des appels d'offres. M. James se demande aussi s'il est bien opportun de renvoyer au Groupe de rédaction des questions qui touchent au fond du problème et qui ne sont pas de simples points de forme.

8. M. CHATURVEDI (Inde) demande de surseoir à l'examen du texte proposé, de manière que sa délégation ait le temps de l'étudier. Le sens de l'adjectif "intellectuelle" n'est pas clair à ses yeux, et il souhaiterait savoir pourquoi il est maintenant question de services "confidentiels".

9. Pour ce qui est du paragraphe 1 de l'article 41 *bis*, M. Chaturvedi fait remarquer que les avis sont en général publiés dans des journaux et non dans le journal officiel ou autre publication d'État. La deuxième phrase devrait être rendue plus claire.

10. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie) pense comme l'Observateur de la Banque interaméricaine de développement que l'alinéa *c* permet beaucoup trop d'exceptions à la règle primaire établie au paragraphe 2. Il s'oppose également au principe de la transparence. Enfin, le projet révisé soulève des questions de fond, qui ne peuvent être résolues par le groupe de rédaction.

11. M. TUVAYANOND (Thaïlande) dit que beaucoup des difficultés que présentait le texte aux yeux de sa délégation n'ont pas été réglées, et les décisions en matière de passation des marchés de services sont soumises à des considérations politiques, qui sont extrêmement importantes. Pour des raisons d'État, le gouvernement thaïlandais ne souhaite pas faire des affaires avec des pays hostiles. Comme aucune disposition ne permet de se dégager des obligations que fixe la Loi type, il est indispensable que le texte prévoie l'éventualité de la sollicitation directe, notamment quand il faut rester discret et avoir confiance dans les compétences du fournisseur. La délégation thaïlandaise aura beaucoup de mal à accepter le texte à moins que ces questions ne soient résolues.

12. M. WESTPHAL (Allemagne) dit qu'à en croire ses délibérations les plus récentes, la Commission se trouve devant une question tout à fait politique. Les membres de la Commission ne sont pas tous d'accord pour penser que la concurrence doit présider à la passation des marchés. Ces considérations ne concernent pas seulement la passation des marchés de services, et la Commission aurait peut-être dû y penser lorsqu'elle a adopté la Loi type sur la passation des marchés de biens et de travaux.

13. En réalité, on peut toujours trouver une raison pour s'adresser à un fournisseur unique quand l'État juge que c'est important. En fait, le projet de loi type le permet à l'article 20. Le récent accord conclu sur la passation des marchés de services, adopté dans le cadre des Négociations d'Uruguay, adopte la même démarche à l'égard des biens et des travaux. Cette évolution est telle que si la Commission tardait encore à adopter le projet de loi type, elle ne ferait qu'amoindrir la valeur de son travail. En fait, certains pays d'Europe de l'Est sont déjà en train d'élaborer leur propre législation.

14. M. CHOUKRI SBAI (Maroc) rappelle que sa délégation a déjà demandé la suppression de l'alinéa *c* du paragraphe 3. La mention de la "véritable concurrence" doit disparaître parce qu'elle ouvre la porte aux abus. L'alinéa pourrait se lire ainsi :

> "Lorsque la nature des services requis fait qu'il faut procéder par sollicitation directe, les propositions doivent être soumises par un nombre suffisant de fournisseurs ou entrepreneurs pour assurer un certain équilibre dans la concurrence."

15. Il y a des domaines dans lesquels on ne peut avoir que certains fournisseurs, dans celui par exemple de la restauration des monuments historiques ou des mosquées. Il est important de renvoyer à la nature du service requis.

16. M. WALLACE (États-Unis d'Amérique) constate que les débats de la Commission portent essentiellement sur la nature de la passation des marchés de services, plutôt que sur l'article 41 *bis* en lui-même. Aux Négociations d'Uruguay, le niveau de précision était très différent dans le cas de l'Accord général sur les tarifs et le commerce. Pour ce qui est de la question de la raison d'État, elle a été débattue par le Groupe de travail au moment où celui-ci examinait les articles premier et 2, à propos de l'exclusion de certains types de marchés. La question de savoir s'il faut exclure de la Loi type des catégories entières de marchés n'est pas la même que celle de savoir si la sollicitation directe doit être permise sous le couvert de l'article 41 *bis*, puisqu'on peut désirer, non pas exclure telle catégorie de la Loi type, mais simplement échapper à l'obligation de la publication d'avis, quand il s'agit par exemple d'affaires confidentielles. Enfin, pour répondre aux inquiétudes de la délégation thaïlandaise, on pourrait exclure certains services de la Loi type, aux termes des articles premier et 2, et retravailler l'alinéa *c* du paragraphe 3 de l'article 41 *bis*.

17. M. CHATURVEDI (Inde) partage les préoccupations du représentant de la Thaïlande sur la question de la nationalité. Ce n'est pas simplement une question de politique, puisque en Inde il serait en fait illégal de commercer avec des pays ennemis. Ce type d'exclusion serait mieux placé au paragraphe 1 de l'article 14, qui traite des obstacles fondés sur la nationalité. Quant aux exclusions visées aux alinéas *a*, *b*, *c* du paragraphe 3, il n'y a aucune raison de faire une distinction entre publication nationale et publication internationale, car la même logique vaut dans les deux cas. Évidemment, la question de la nature des services, qui se pose à l'alinéa *c* du paragraphe 3, est d'une extrême importance.

18. M. KLEIN (Observateur de la Banque interaméricaine de développement) pense, comme le représentant de la Chine, qu'il

faut faire preuve de souplesse en ce qui concerne l'obligation de publication dans le domaine des services. La question principale est de savoir si l'alinéa *c* du paragraphe 3 traite d'une question qui n'est pas traitée ailleurs. Dans la négative, il faut le supprimer.

19. M. HUNJA (Service du droit commercial international) dit que les débats de la Commission donnent à penser qu'il faut autoriser la sollicitation directe de services, mais que la nature de ces services reste problématique. La question dépasse les paragraphes 1 et 2 de l'article 41 *bis*. Si la sollicitations directe est autorisée, il n'est plus besoin de publier aucun avis, puisque les fournisseurs seront contactés directement. Si la Commission pense qu'il faut autoriser la sollicitation directe pour certains services aux termes de l'alinéa *c* du paragraphe 3, la description des services visés peut être laissée au Groupe de rédaction.

La séance est suspendue à 11 h 40; elle reprend à 12 h 5.

20. M. TUVAYANOND (Thaïlande) dit que la Commission semble s'obnubiler sur l'obligation de publication, alors que la principale question est en fait celle de la sollicitation directe. C'est pour cette raison que la délégation thaïlandaise est fermement en faveur du maintien de l'alinéa *c* du paragraphe 3. Il y a, outre les affaires confidentielles, d'autres circonstances particulières qui appellent la sollicitation directe (des considérations d'intérêt national par exemple), situation que ne couvrent pas les procédures de passation des marchés avec un fournisseur unique. La délégation thaïlandaise pense donc qu'il est indispensable de faire droit aux intérêts nationaux et d'assurer la transparence des opérations de passation des marchés, pour éviter tout risque d'abus de pouvoir par les autorités concernées.

21. M. LEVY (Canada) fait lui aussi remarquer qu'il y a des situations où la sollicitation directe est la seule solution. C'est pourquoi il faut conserver l'alinéa *c* du paragraphe 3. Outre la confidentialité ou l'intérêt national, cet alinéa pourrait parler de la nature des services qui n'appellent pas une procédure plus large. Une autre solution serait de mettre des parenthèses après la mention de la confidentialité et de l'intérêt national, et de laisser les États développer la règle. En outre, la phrase d'introduction du paragraphe 3 devrait être modifiée et se lire : "L'entité adjudicatrice n'est pas tenue d'appliquer les dispositions des paragraphes 1 et 2 du présent article, et peut procéder par sollicitation directe :".

22. M. JAMES (Royaume-Uni) dit que, si l'on parle de l'intérêt national à l'alinéa *c* du paragraphe 3, il faudra dire bien clairement que l'entité adjudicatrice n'est pas tenue d'appliquer les provisions du paragraphe 2 quand elle considère que la procédure n'est pas dans l'intérêt de son pays. Dire simplement que la nature des services n'appelle pas une procédure plus large, comme l'a proposé le représentant du Canada, ne serait pas acceptable, parce que cela reviendrait à donner carte blanche à l'entité adjudicatrice, qui ne publierait pas d'avis. En fait, la publication de ces avis est indispensable avec la nouvelle méthode de passation des marchés de services, car, sans cette publicité, on ne peut pas considérer que cette méthode est vraiment publique. Si la Commission veut proposer à l'approbation des États une loi type indiquant la méthode à préférer pour la passation des marchés de services, la méthode en question doit être aussi publique et ouverte que possible.

23. M. WALLACE (États-Unis d'Amérique) souscrit à la plupart des propositions faites par le représentant du Canada. A propos de l'alinéa *c* du paragraphe 3, il pense comme la délégation britannique que, s'il y a une méthode à préférer, elle doit être aussi publique que possible, et que le membre de phrase proposé par cette délégation ne fait que déplacer le problème. L'amendement pourrait être reformulé de manière à se lire : "Lorsque les services requis ont des aspects touchant à (la confidentialité, l'intérêt national, la complexité technique, toute autre catégorie que le législateur détermine) à condition qu'elle sollicite des propositions d'un nombre suffisant,...". Comme il est certain que les solutions varieront d'un pays à l'autre, la formule d'accommodement la meilleure consiste peut-être à mettre des exemples entre parenthèses, ou à indiquer que le législateur donnera des directives.

24. M. CHATURVEDI (Inde) appuie la proposition de la délégation canadienne. Il croit avoir compris que le chapeau du paragraphe 3 contiendrait un renvoi aux paragraphes 1 et 2, et que le paragraphe 3 dirait quelque chose de la nature des services n'appelant pas une procédure générale de sollicitation. Sur ce point, la proposition britannique, qui déplacerait la charge de la preuve, n'est pas acceptable. L'idée du texte proposé par la délégation américaine est très judicieuse.

25. M. TUVAYANOND (Thaïlande) dit que les propositions faites par les représentants du Canada et des États-Unis répondent tout à fait aux préoccupations de sa délégation. Pour ce qui est de déplacer la charge de la preuve, le Gouvernement est responsable devant les instances législatives de ses erreurs, lorsqu'il décide en dernier ressort de ce qui est bon pour le pays.

26. M. SHI Zhaoyu (Chine) souhaite que l'on conserve l'alinéa *c* du paragraphe 3. Plutôt que de s'enliser dans des discussions infinies sur les adjectifs qui doivent qualifier la nature des services, la Commission pourrait simplement revenir au libellé original, "en raison de la nature des services requis", sur lequel on pourrait plus facilement s'entendre. Comme la Thaïlande, la Chine est soucieuse non seulement de la nature des services, mais aussi du maintien de la notion de sollicitation directe dans le paragraphe.

27. M. KLEIN (Observateur de la Banque interaméricaine de développement) admet que l'amendement proposé par le Royaume-Uni, qui consiste à ajouter la notion de confidentialité et d'intérêt national, rend le paragraphe plus restrictif. Si l'on parlait simplement de la nature des services, cela ouvrirait la porte à des exceptions, qui elles-mêmes conduiraient à tous les abus que la Loi type cherche précisément à éviter.

28. M. AL-NASSER (Arabie saoudite) se référant à l'alinéa *c* du paragraphe 3, dit que la phrase "lorsque la situation appelle une procédure de passation de marchés par sollicitation directe" insérée avant la règle spéciale concernant la nature des services requis, doit couvrir aussi les considérations de confidentialité et d'intérêt national.

29. M. HERRMANN (Secrétaire de la Commission) pense que les délégations devraient se concentrer davantage sur la situation particulière et moins sur la nature des services. Il ne comprend pas tout à fait l'apparente controverse sur la charge de la preuve. Le paragraphe 3 fixe une exception aux obligations des paragraphes 1 et 2, et il est donc tout à fait indiqué de dire ce que l'on entend par charge de la preuve. Et comme un certain nombre de délégations ont insisté sur la nécessité de favoriser une procédure aussi publique que possible, il n'est peut-être pas très judicieux d'encourager les gouvernements à se donner toute sorte de raisons de ne pas utiliser la procédure indiquée aux paragraphes 1 et 2.

30. M. SHI Zhaoyu (Chine) dit que le Groupe de travail avait décidé à ses séances précédentes qu'il appartenait aux États qui adopteraient la loi type de décider de son champ d'application et de la nature des services qui seraient couverts par ses dispositions, parce qu'il était impossible de dresser la liste exhaustive de tous les services auxquels la loi pourrait s'appliquer, ou ne pas s'appliquer. Le même principe vaut pour l'alinéa *c* du paragraphe 3. Cette démarche devrait permettre de s'entendre plus facilement.

La séance est levée à 13 h 5.

Compte rendu analytique de la 527e séance

Vendredi 3 juin 1994, à 15 heures

[A/CN.9/SR.527]

Président : M. MORÁN (Espagne)

La séance est ouverte à 15 h 10.

NOUVEL ORDRE ÉCONOMIQUE INTERNATIONAL : PASSATION DES MARCHÉS (*suite*)

PASSATION DES MARCHÉS DE SERVICES (*suite*) (A/CN.9/392)

Examen du projet de Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services (*suite*)

Article 41 bis (suite)

1. Le PRÉSIDENT dit, à propos des propositions des États-Unis et du Canada, que l'on pourrait résoudre les problèmes que soulève l'alinéa *c* du paragraphe 3 si on y insère l'idée que l'on peut recourir à la sollicitation directe des propositions quand la nature confidentielle des services est en jeu, ou les intérêts nationaux en cause. Le Groupe de rédaction préparera un texte exprimant cette idée.

2. Mme SABO (Canada) dit qu'il faut donner des instructions claires au Groupe de rédaction à propos de l'alinéa *c* du paragraphe 3. Elle se demande en outre si l'on va rétablir la référence au paragraphe 1 dans le chapeau du paragraphe 3 et si l'on s'est entendu sur ce point. Va-t-on ajouter une référence à la sollicitation directe dans ce même chapeau du paragraphe 3 ?

3. Le PRÉSIDENT dit que, s'il n'y a pas d'objections, il considérera que la Commission décide de renvoyer au Groupe de rédaction l'article 41 *bis*.

4. *Il en est ainsi décidé.*

Article 41 ter

5. Le PRÉSIDENT souligne l'importance du chapeau de l'article, selon lequel la sollicitation de propositions doit comporter un minimum de renseignements. Cela signifie que l'entité adjudicatrice peut ajouter des conditions supplémentaires et que les États pourront même le faire lorsqu'ils incorporeront cette norme dans leur droit interne.

6. M. WALLACE (États-Unis d'Amérique) approuve le texte des alinéas *j* et *k* de l'article 41 *ter*, dont le contenu est analogue à celui de l'article 25, bien qu'il s'agisse en l'occurrence de services. A l'article 41 *sexies* on renvoie à la méthode dite des deux plis, enveloppes dans lesquelles doivent figurer d'une part les données techniques et d'autre part le prix. Selon la méthode employée, on peut dépouiller les deux plis en même temps ou l'un après l'autre. La sollicitation de propositions de services devrait indiquer la manière dont on considérera les soumissions qui seront en rapport, ou ne seront pas en rapport, avec le prix. L'article 41 *sexies* établit quatre autres manières d'examiner ces propositions (sous-alinéas i et ii de l'alinéa *b* du paragraphe 2 et paragraphes 3 et 4).

7. Le PRÉSIDENT dit que l'alinéa 1 de l'article 41 *ter* permettra peut-être de résoudre le problème soulevé par les États-Unis.

8. M. CHATURVEDI (Inde) dit que l'article 41 *ter* contient des éléments qui ne concernent pas directement les services. C'est ce qui se produit à l'alinéa *d*, puisque le droit de rejeter les propositions figure dans d'autres articles. L'alinéa *e* devrait être supprimé parce que, dans le cas des services, il est inutile de mettre en avant les critères et les procédures dont il parle. Il faudrait remanier les alinéas *j* et *k*, car ils se réfèrent tous deux au prix en tant que critère permanent. D'autre part, à l'alinéa *k*, il faudrait supprimer le membre de phrase "y compris une mention indiquant s'il englobera des éléments autres que le coût des services, tels que le remboursement de frais et de transport, d'hébergement, d'assurance ou d'utilisation de matériel, ou le remboursement de droits et de taxes". L'indication demandée n'incombe pas à l'entité adjudicatrice, mais aux fournisseurs. Il faudrait également supprimer l'alinéa *r*, qui porte sur les clauses des contrats en général, alors que l'article 41 *ter* porte sur le cas particulier des services. Il faudrait aussi supprimer l'alinéa *s*, puisque le fournisseur est tenu de connaître la législation en vigueur. L'alinéa *t* est superflu, car il est inutile d'informer le fournisseur qu'il a le droit d'introduire le recours prévu à l'article 42.

9. Le PRÉSIDENT explique que, même si le fournisseur doit connaître la législation en vigueur, il ignore peut-être certaines dispositions administratives moins importantes. D'où qu'il faut maintenir les alinéas *r* et *s*. D'autre part, tous les avis d'appel d'offres indiquent le droit de recours, c'est pourquoi il faut conserver l'alinéa *t*. Pour ce qui est de l'alinéa *d*, le droit de rajouter les propositions figure également à l'article 11 *bis*. Ce dernier article dit "si le dossier de sollicitation ou les documents sollicitant des propositions ou des prix le spécifient" ; par conséquent, il y a une différence entre les deux dispositions. D'autre part, le Groupe de travail a jugé que la majorité de ses membres étaient en faveur du maintien de ces critères, qui doivent être considérés comme un minimum.

10. M. KLEIN (Observateur de la Banque interaméricaine de développement) juge l'article 41 *ter* fort bien venu, qui présente des solutions de rechange qui sont autant de sauvegardes pour le processus de l'appel d'offres pour le cas où l'on ferait disparaître certaines des méthodes prévues. Pour ce qui est des alinéas *j* et *k*, il serait très utile que le Guide indique quand il faut tenir compte du prix comme critère permanent, et quand il faut s'en abstenir. Le prix ne doit pas être un critère déterminant lorsque le niveau de complexité technique des services est très élevé, ou quand les services influent très sensiblement sur le produit final.

11. M. HUNJA (Service du droit commercial international) dit que certaines délégations s'inquiètent du fait que les alinéas *j* et *k* commencent par "Lorsque le prix est un critère pertinent", ce qui donne à entendre qu'il ne l'est pas dans la majorité des cas. C'est pourquoi ces délégations souhaiteraient que l'on remanie ces deux alinéas de la manière suivante : "la ou les monnaies dans lesquelles le prix des propositions doit être formulé ou exprimé, à moins que le prix ne soit pas un critère permanent".

12. M. JAMES (Royaume-Uni) ajoute que, puisque la méthode que vise l'article 41 est la plus souhaitable pour la passation des

marchés, il est normal qu'on y ait adapté les principes de l'ouverture et de la transparence qui caractérisent les appels d'offres publics, consacrés par l'obligation qu'a l'entité adjudicatrice de donner les renseignements les plus fournis aussi tôt que possible dans la procédure. Pour le reste, M. James se dit convaincu qu'il faut suivre à l'égard des services la même procédure que celle que prévoit la Loi type pour la passation des marchés de biens et de travaux.

13. M. LEVY (Canada) souhaiterait que l'on maintienne l'article 41 sous sa forme actuelle.

14. M. TUVAYANOND (Thaïlande) dit que si l'article ne présente à ses yeux aucune difficulté, il souhaiterait quelques éclaircissements sur deux de ses dispositions. Pour ce qui est en premier lieu de l'alinéa *n*, le phénomène le plus courant est que les cours de change fluctuent largement, ce qui rend la disposition inutile. En ce qui concerne en deuxième lieu l'alinéa *t*, si l'on part de l'hypothèse que la loi est connue de tous et si l'on considère d'autre part que l'article 42 prévoit déjà la possibilité du recours, la disposition paraît redondante.

15. Le PRÉSIDENT explique que l'alinéa *n* fait justement place à l'évolution du cours des monnaies. Les offres devront indiquer non seulement la monnaie dans laquelle les prix seront exprimés, mais aussi le taux de change qui sera utilisé pour la conversion ou, à défaut, renvoyer au taux de change publié par une institution financière, par exemple une banque, à une date donnée. Quant à l'alinéa *t*, dans les systèmes juridiques d'origine romaine en tout cas, tout avis d'appel d'offres public qui se fait en vertu d'une loi oblige l'administration publique à indiquer quels recours sont à la disposition des intéressés, et quelles exemptions leur sont applicables en vertu de la loi.

16. M. LEVY (Canada) ajoute que l'intention du Groupe de travail était d'offrir aux fournisseurs et aux entrepreneurs d'autres solutions pour déterminer les prix, qu'il s'agisse d'un taux de change, avec renvoi aux taux de la Banque mondiale ou aux écus de la Communauté européenne, ou au taux d'une banque ou institution financière tel qu'il se présentera à une certaine date. L'alinéa *t* répond de son côté au principe de la transparence, en ce qu'il facilite la conclusion du marché et évite que les fournisseurs et les entrepreneurs n'aient à vérifier par eux-mêmes de quel recours ils disposent.

17. M. CHATURVEDI (Inde) pense lui aussi que les renseignements donnés sur les recours offerts par la loi sont d'une importance considérable, mais on ne voit pas clairement à qui incombe l'obligation de fournir ou d'obtenir cette information. D'après l'alinéa *s*, l'entité adjudicatrice n'en a pas la responsabilité si elle ne fait pas référence à la loi ou à la réglementation, mais c'est justement cette entité qui est la mieux placée pour connaître les normes qui s'appliquent en l'occurrence.

18. Pour ce qui est de l'alinéa *j*, M. Chaturvedi se demande s'il existe un seul cas dans lequel le prix ne serait pas un critère pertinent. Il réserve sa position sur le libellé de cet alinéa.

19. Abordant ensuite l'alinéa *a*, M. Chaturvedi déclare que c'est au fournisseur ou à l'entrepreneur, et non à l'entité adjudicatrice, d'indiquer si les divers éléments du coût des services seront compris dans le prix. En outre, selon le chapeau de l'article 41 *ter*, l'appel d'offres comportera "au minimum" les renseignements énumérés dans l'article, lequel ne compte pas moins de 22 alinéas. Si l'on veut vraiment exiger un minimum de renseignements, les alinéas *a*, *b* et *c* y suffisent, avec quelques autres peut-être. Il y a trop d'alinéas inutiles, qui imposent à l'une des parties une charge excessive.

20. Rappelant ce que la délégation thaïlandaise vient de dire de l'ignorance de la loi, M. Chaturvedi dit qu'à son avis c'est au fournisseur ou à l'entrepreneur de se mettre au courant des textes qui leur sont applicables.

21. Quant à l'alinéa *n*, la possibilité de convertir les monnaies existe dans tous les cas, et il n'est pas nécessaire d'en faire mention expresse. Ce qu'on ne peut faire, c'est obliger le fournisseur à fixer un taux de change, qui peut subir des fluctuations énormes. La seule chose qui serait acceptable serait de consacrer le principe selon lequel on utilisera le taux de change fixé par une institution financière.

22. Le PRÉSIDENT constate que les membres de la Commission semblent s'entendre sur la suppression d'un certain nombre d'alinéas. S'il n'y a pas d'objections, il considérera que la Commission souhaite approuver l'article 41 *ter* quant au fond, et le renvoyer au Groupe de rédaction pour qu'il étudie les modifications proposées.

23. *Il en est ainsi décidé.*

Article 41 quater

24. M. KLEIN (Observateur de la Banque interaméricaine de développement) fait observer à propos du paragraphe 1 de l'article 41 *quater* que l'expression "ne peuvent concerner que" est trop restrictive, car il est possible que l'on ait oublié certains autres critères importants. La fin de la phrase devrait être libellée ainsi : "et peuvent concerner principalement".

25. Il fait ensuite observer que l'évaluation des propositions répond à trois critères de base. Le premier est la compétence et l'expérience de l'entreprise ; le deuxième, la méthode que l'entreprise se propose de suivre pour la réalisation du projet ; le troisième — qui est le plus important et c'est pourquoi il a un coefficient de pondération plus élevé — est la compétence professionnelle du personnel de l'entreprise. C'est pourquoi M. Klein propose de modifier le libellé de l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 41 *quater* de manière qu'il se lise :

> "*a)* Les qualifications, l'expérience des réalisations du même genre, la réputation, le sérieux et la compétence professionnelle et administrative du fournisseur ou entrepreneur, et du personnel clef que celui-ci se propose d'affecter à la réalisation du projet."

26. A propos de l'alinéa *c* du paragraphe 1 et des observations antérieures du représentant de l'Inde sur la pertinence du prix comme critère, M. Klein dit que la Banque mondiale a établi la statistique des propositions dans lesquelles le prix n'est pas un critère permanent, qui représente de 35 à 40 % des projets de la Banque, soit parce qu'ils sont trop complexes, soit parce que la qualité de leurs produits est trop importante. Il constate d'autre part que l'on emploie au paragraphe 1 le verbe "pouvoir", terme qui n'est pas impératif. L'alinéa *c* serait plus utile s'il commençait par le membre de phrase "Le prix de la proposition, au cas où le prix serait un critère permanent, et la manière dont il sera pris en considération", le reste n'étant pas modifié.

27. M. WALLACE (États-Unis d'Amérique) souscrit aux propositions que vient de formuler M. Klein à propos des alinéas *a* et *c*. A l'alinéa *a*, on pourrait d'ailleurs préciser la référence au personnel, en ajoutant le qualificatif "qui soient compétents" après le membre de phrase "le fournisseur ou entrepreneur".

28. Les observations qu'a faites M. Wallace à propos de l'alinéa *c* ne sont pas sans rapport avec ce qu'a dit M. Hunja des alinéas *j* et *k* de l'article 41 *ter*. Il est certain qu'il faut libeller l'alinéa *c* avec le plus grand soin, parce que le prix n'est pas une considération aussi importante pour beaucoup de catégories de

services qui font l'objet de marchés publics. De toute manière, le libellé actuel suffit, car il faut le lire en le rapprochant du paragraphe 1, qui dit non seulement "peuvent", mais aussi "et la façon dont ces derniers seront appliqués".

29. Au demeurant, M. Wallace n'est pas d'avis de remplacer "ne peuvent concerner que" par "concernent principalement" au paragraphe 1 de l'article 41 *quater*. Il rappelle que le Groupe de travail a choisi délibérément cette formule pour maintenir le parallélisme avec le texte de l'alinéa *c* du paragraphe 4 de l'article 32, même si celui-ci vise une procédure différente, dans le dessein de donner, dans la mesure du possible, plus de discipline et d'uniformité à la pratique de la passation des marchés. En même temps, l'alinéa *e* donne plus de latitude pour faire entrer en ligne de compte des critères relevant de la politique sociale, puisqu'il y est question de "considérations liées à la défense et à la sécurité nationales".

30. M. JAMES (Royaume-Uni) dit qu'effectivement le Groupe de travail a longuement débattu de la question de savoir si l'utilisation de tous les critères d'évaluation énumérés dans la Loi type, ou de certains seulement, devait être obligatoire ou facultative (A/CN.9/392, par.67). Il a décidé qu'il fallait employer le terme "peuvent", pour donner à l'entité adjudicatrice la faculté de changer les critères qu'elle souhaite utiliser. D'autre part, il a estimé que, conformément à l'esprit et à la lettre de la Loi type, il fallait fixer certaines limites aux critères que l'entité adjudicatrice pourrait prendre en considération dans le cas des appels d'offres publics, méthode préférée pour la passation des marchés de biens et de travaux, ou dans le cas de la sollicitation de propositions, méthode préférée pour les services.

31. La Loi type vise à fixer des normes qui orienteront le législateur national dans le domaine considéré. De l'avis de M. James donc, les critères énumérés à l'article 41 *quater* sont bien venus, et l'entité adjudicatrice a la possibilité de les utiliser, plus ou moins à son gré.

32. M. CHATURVEDI (Inde) a trois raisons de contester le libellé de la deuxième phrase du paragraphe 1 de l'article 41 *quater*. D'abord, il serait plus pratique que l'entité adjudicatrice agisse comme l'indique ce paragraphe dans les cas où elle n'aurait à retenir les services que d'une ou deux personnes. Ensuite, l'entité adjudicatrice n'a aucune raison de communiquer à chacun de ses fournisseurs ou entrepreneurs les critères d'évaluation des propositions. Enfin, selon ce que dit la fin de la phrase, les critères d'évaluation "ne peuvent concerner que" des questions parmi lesquelles ne figurent ni les critères de confidentialité et d'intérêt national pris en considération pour l'article précédent, ni le critère du transfert de technologie et de développement des exportations. Ces deux derniers critères sont d'importance décisive pour les pays en développement, et il faudrait les inscrire à l'alinéa *d* du paragraphe 1 de l'article.

33. Le PRÉSIDENT fait observer que le critère de confidentialité est sans rapport avec l'article à l'examen et que le transfert de technologie et le développement des exportations sont couverts implicitement à l'alinéa *d* du paragraphe 1. D'autre part, ce paragraphe autorise l'entité adjudicatrice à fixer ses critères d'évaluation, de manière que si un État attribue une importance particulière aux considérations dont on vient de parler, il a tout loisir d'indiquer qu'il en tiendra compte au moment de sa décision. Cela ne peut être interprété comme signifiant que les critères peuvent s'appliquer à n'importe quoi, car le projet d'article à l'examen n'aurait dans ce cas aucun sens dans la Loi type.

34. M. KLEIN (Observateur de la Banque interaméricaine de développement) fait observer que l'article ne dit rien d'un aspect technique important de la question : sans préjudice des critères d'évaluation fondamentaux qui pourraient être précisés, il faut qu'ils s'appliquent tous avec souplesse et puissent s'adapter aux divers cas de figure, en raison du caractère même des services, surtout les plus spécialisés.

35. M. WALLACE (États-Unis d'Amérique) pense comme le Président que le texte de l'article 41 *quater* répond aux préoccupations de l'Inde, puisqu'il reconnaît que l'entité adjudicatrice est libre d'évaluer les propositions qu'elle reçoit selon les critères qu'elle juge utiles, ce qui apparaît clairement à la lecture du paragraphe 68 du document A/CN.9/392, de la phrase qui figure entre parenthèses à la fin de l'alinéa *d* du paragraphe 1 de l'article à l'examen, et de l'alinéa *b* du même paragraphe. D'autre part, l'Inde a raison de considérer que cette disposition ne convient pas lorsqu'il s'agit d'acquérir les services d'un nombre réduit de personnes. En ce cas, il est possible d'appliquer la méthode consistant à demander des devis.

36. Au contraire, M. Wallace ne partage pas l'opinion de l'observateur de la Banque interaméricaine de développement. Les alinéas *a*, *b* et *c* ont une grande importance, surtout les deux premiers. L'entité adjudicatrice expliquera en plus grand détail les conditions que les fournisseurs et entrepreneurs doivent remplir et la manière dont elle appliquera les critères d'évaluation, qui seront adaptés au besoin, au moment où sera rédigé l'appel d'offres. On pourra apporter à la sollicitation toutes les modifications qu'exigeront les circonstances. En d'autres termes, tels qu'ils sont libellés, les alinéas donnent toute la latitude nécessaire, tout en évitant l'arbitraire en matière d'évaluation des propositions.

37. M. TUVAYANOND (Thaïlande) croit que, si l'article en question laisse une certaine latitude, il n'en est pas moins restrictif, et il demande qu'on lui explique s'il couvre aussi les questions écologiques, sous l'angle de la pollution. Si tel n'est pas le cas, il faudra l'amender en ce sens. Il faut également que l'article tienne compte que certains pays appliquent le contrôle des changes, de telle sorte qu'il peut être impossible de rapatrier en une seule fois la totalité du prix convenu, surtout dans le cas des services rendus sur le territoire de l'État adjudicateur.

38. M. LEVY (Canada), appuyé par M. WESTPHAL (Allemagne), pense que les questions écologiques peuvent être mentionnées dans la description des services prévus à l'alinéa *g* de l'article 41 *ter*, et que les offres des fournisseurs et entrepreneurs peuvent aussi être évaluées sur ce point de vue, au titre de l'alinéa *d* du paragraphe 1 de l'article 41 *quater*. Les questions de change sont de leur côté couvertes par l'alinéa *s* de l'article 41 *ter*.

39. M. CHATURVEDI (Inde) déclare qu'il est en fait impossible de lancer un vaste appel d'offres sans qu'y consentent les autorités chargées de la protection du milieu et que, comme il s'agit d'une question importante, il faudrait la faire figurer à l'alinéa *d* du paragraphe 1 de l'article à l'examen. Quant au transfert de technologie et au développement des exportations, M. Chaturvedi pense comme la délégation américaine qu'on peut les inclure dans cet alinéa. Au total, il aurait été préférable de mentionner explicitement ces deux critères. Par conséquent, M. Chaturvedi propose de supprimer la formule "ne peuvent que" dans la première partie du paragraphe 1. Quant à la proposition des États-Unis tendant à ajouter la notion de pertinence à l'alinéa *a* de ce paragraphe, il semble que le qualificatif ne puisse s'appliquer à la réputation et au sérieux du fournisseur ou entrepreneur.

40. Le PRÉSIDENT dit qu'en effet les questions écologiques prennent de jour en jour plus d'importance, et qu'il y a peu de cas où la prestation d'un service quelconque n'a pas d'effet sur le milieu. En tout état de cause, l'entité adjudicatrice peut évoquer cet aspect des critères d'évaluation au titre de l'alinéa *d* du paragraphe 1 de l'article 41 *quater* ou de l'article 41 *ter*, où est expliqué ce que doivent contenir au minimum les sollicitations de propositions de services.

La séance est suspendue à 16 h 40 ; elle reprend à 17 heures.

41. M. WALLACE (États-Unis d'Amérique), appuyé par M. JAMES (Royaume-Uni), dit que la nécessité que le projet de loi réponde aux préoccupations écologiques doit être soulignée. Pourtant, on ne peut prolonger indéfiniment la liste de l'alinéa *d* du paragraphe 1. Si l'on mentionnait le milieu, il faudrait aussi parler des effets des services sur la répartition du revenu, la santé, la science et la technologie, et bien d'autres facteurs encore. Il faut fixer une limite à l'énumération des facteurs, d'autant plus que les effets sur le milieu sont multiples et variés. D'autre part, il est certain que ces effets sont beaucoup plus importants dans le cas des biens et des travaux que dans celui des services. D'une manière ou d'une autre, le projet n'empêche pas de régler la question, puisque le sous alinéa iii de l'alinéa *c* de l'article 32 et l'alinéa *d* du paragraphe 1 de l'article 41 *quater* précisent que "l'État... peut inclure... des critères supplémentaires". Du point de vue en outre de l'économie du projet et de sa formulation, il ne conviendrait pas d'ajouter à ce dernier alinéa quelque chose qui ne figure pas à l'article 32.

42. M. LOBSIGER (Observateur de la Suisse) dit qu'à son avis les considérations écologiques ne devraient pas favoriser l'adoption de pratiques protectionnistes plus que les autres facteurs mentionnés à l'alinéa *d* du paragraphe 1. En tout état de cause, il est certain qu'il faut parler de l'aspect écologique d'un service, le mieux étant de le faire à l'article 41 *ter*, plutôt qu'à l'article 41 *quater*.

43. M. TUVAYANOND (Thaïlande) dit que l'on applique déjà dans son pays le critère écologique pour la passation des marchés de services, en préférant un service plus cher, mais comportant moins de risques écologiques. L'alinéa *d* prévoit déjà la possibilité que les États Membres tiennent compte de ce genre de considération, qui peut être décisive dans la sélection des propositions.

44. M. CHOUKRI SBAI (Maroc) dit que la version arabe de la première partie de la disposition ne contient pas le terme "*only*". Dans la version française, l'expression "ne peuvent concerner que" est une formule négative, alors qu'en arabe on utilise un énoncé affirmatif, ce qui donne l'impression d'une certaine latitude discrétionnaire, c'est-à-dire que les fournisseurs et entrepreneurs pourraient ou non être informés des critères.

45. M. CHATURVEDI (Inde) dit qu'il n'est pas question de se prononcer pour un énoncé positif ou pour un énoncé négatif, car cela reviendrait à dire que l'un des textes est plus authentique que l'autre. Quant à savoir s'il faut ou non ajouter une disposition relative à l'environnement, il lui semble que la question concerne surtout, mais pas exclusivement, les services, et qu'on peut l'appliquer aussi aux biens et aux travaux. L'expression "services" est très large et il y a des cas où la question de la protection de l'environnement ne se pose pas. De toute manière, on a déjà approuvé, et commencé de mettre en application, des instruments qui contiennent des dispositions détaillées de protection de l'environnement, avec effet obligatoire, ce qui fait qu'on peut se dispenser d'en parler dans la Loi type.

46. M. GOH (Singapour) dit que, pour dissiper les inquiétudes exprimées par la Thaïlande, on pourrait remplacer l'expression "ne peuvent concerner que" par "concernent", ce qui donnerait d'autant plus de latitude à l'entité adjudicatrice.

47. Le PRÉSIDENT rappelle que la plupart des délégations étaient en faveur du terme "*only*" dans la version anglaise.

48. M. KLEIN (Observateur de la Banque interaméricaine de développement) parlant au nom de la Banque mondiale et de sa propre institution, pose la question de la marge de préférence. S'il faut en effet favoriser les marchés avec les consultants nationaux, la meilleure façon de le faire consiste à se référer à leurs véritables avantages, par exemple la connaissance de la langue. Cela peut être ajouté à la Loi type, de façon à prévoir la possibilité ou l'obligation d'associer entreprises étrangères et entreprises nationales, pourvu que ne soient fixés à l'avance ni pourcentage ni quote-part obligatoire, ni indiquées les entreprises qui devront travailler. C'est une solution beaucoup plus efficace que celle qui consiste à donner une certaine préférence aux entreprises nationales pour le simple fait qu'elles sont ressortissantes du pays qui acquiert les services. Comme il s'agit de services, la transaction véritable est une vente de connaissances, et si la qualité des services diminue, il n'y a de bénéfices pour personne. Enfin, l'introduction d'une marge de préférence, peu fréquente dans le cas des services, peut amener à compter deux fois certaines considérations, par exemple parce qu'on donnera des points pour la connaissance du milieu ou de la langue, puis encore la priorité à cause de la nationalité. Si l'objectif est ici de venir en aide aux entrepreneurs nationaux, il faut le faire sous une forme qui conviendra à tous les intéressés.

49. Le PRÉSIDENT déclare que la question qui vient d'être soulevée irait parfaitement dans le Guide, car c'est là que l'on peut parler des questions que connaît la majorité des pays. Dans le système des entreprises mixtes ou des coentreprises provisoires, le problème est de trouver un service en s'adressant au fournisseur national le plus qualifié. Ce système est bien meilleur que celui qui consiste à fixer des pourcentages. Il conviendrait que le Guide parle de la nécessité de résoudre ces questions.

50. M. CHATURVEDI (Inde) indique que son pays ne souhaitait pas que soit introduite, même indirectement, une limitation à la marge de préférence dont bénéficieraient les entrepreneurs et les fournisseurs nationaux. A son avis, c'est une pratique qu'il vaudrait mieux encourager.

51. Le PRÉSIDENT est d'accord avec lui. Il faut respecter une tradition qui non seulement est celle de certains pays et de certaines législations, mais qui de surcroît a été consacrée au GATT. Une façon de favoriser le développement est de prévoir une marge de préférence au bénéfice des entrepreneurs nationaux. Avec les observations déjà formulées, le texte pourrait être renvoyé au Groupe de rédaction.

52. *Il en est ainsi décidé.*

Article 41 quinquies

53. M. TUVAYANOND (Thaïlande) préférerait voir disparaître du paragraphe 1 la condition qui veut que l'entité adjudicatrice communique les éclaircissements à tous les fournisseurs ou entrepreneurs, car plusieurs d'entre eux n'en auront pas besoin et cette exigence ne fait que surcharger l'entité adjudicatrice. Les éclaircissements ne devraient être communiqués que sur demande. On peut faire la même observation au sujet du paragraphe 3, puisque tous les entrepreneurs et fournisseurs ne seront peut-être pas intéressés par le procès-verbal. Plus particulièrement, il n'est pas nécessaire de préciser dans la Loi type l'usage qui peut être fait de ces renseignements; c'est pourquoi il faudrait dire, comme dans la version française "afin qu'ils puissent en tenir compte".

54. Le PRÉSIDENT dit que tous les fournisseurs ont droit également à connaître la réponse à une demande d'éclaircissement, qui pourrait jeter un jour nouveau sur le contrat, ou sur les desiderata de l'entité adjudicatrice. L'important est que le fournisseur dispose des renseignements et qu'il n'y ait pas de risque d'irrégularité au moment de l'adjudication.

55. S'il n'y a pas d'objections, le Président considérera que la Commission souhaite approuver l'article 41 *quinquies* sous sa forme actuelle.

56. *Il en est ainsi décidé.*

Article 41 sexies

57. M. WALLACE (États-Unis d'Amérique) déclare accepter d'une manière générale le texte de l'article. Il souhaiterait cependant quelques éclaircissements sur certains aspects mineurs. Ainsi, à propos de l'alinéa *a* du paragraphe 3, il se demande quels sont les critères en vertu desquels on rejette une offre, et si ces critères ont un rapport avec le seuil dont il est question à l'alinéa *a* du paragraphe 2. D'autre part, on pourrait ajouter à l'alinéa *c* du paragraphe 2 le terme "normalement" avant "prises en considération". A propos enfin de l'alinéa *c* du paragraphe 1, il faudra dire dans le commentaire si le jury d'experts aura des fonctions consultatives, ou s'il pourra prendre des décisions.

58. Il faudrait expliquer dans le Guide à quel moment il faut se conformer au sous-alinéa i de l'alinéa *b* du paragraphe 2, au sous alinéa ii du même alinéa du paragraphe 2, ou au paragraphe 4. Peut-être devrait-on indiquer également comment appliquer chacune des méthodes, car la Loi type est muette sur ce point.

59. M. WESTPHAL (Allemagne), se référant à l'alinéa *a* du paragraphe 2, approuve l'idée de donner une note à chacune des propositions. Il souhaiterait pourtant que l'on explique mieux en quoi consiste le seuil minimum, et comment il est défini.

60. M. LOBSIGER (Observateur de la Suisse) fait observer qu'il manque l'alinéa *c* du paragraphe 1 dans la version française.

61. M. HUNJA (Service du droit commercial international) explique que le paragraphe 2 n'est pas une série de directives donnée à l'entité adjudicatrice quant à la façon de fixer un seuil minimum. A la session précédente, les États-Unis ont proposé, à propos d'autre chose, d'incorporer à la Loi type des directives en la matière. Cela étant, le Groupe de travail, après avoir hésité, a adopté une décision expresse : ne pas inclure ce genre de directives dans la Loi type, quitte à les faire figurer peut-être dans le Guide.

62. On peut dire pour préciser le sens du paragraphe 2 que la procédure la plus simple pour fixer le seuil minimum pourrait être la suivante : en cas de marché de services intellectuels par exemple, l'entité adjudicatrice déciderait que pour les aspects techniques de la proposition, c'est-à-dire les aspects qui ne concernent pas le prix, elle mettra une note selon un barème déterminé, et qu'elle fera la même chose pour la compétence des personnes qui participeront au projet et pour les délais de fourniture.

La séance est levée à 18 h 5.

Compte rendu analytique de la 528e séance

Lundi 6 juin 1994, à 10 heures

[A/CN.9/SR.528]

Président : M. MORÁN (Espagne)

La séance est ouverte à 10 h 10.

NOUVEL ORDRE ÉCONOMIQUE INTERNATIONAL : PASSATION DES MARCHÉS (*suite*)

PASSATION DES MARCHÉS DE SERVICES (*suite*) (A/CN.9/392)

Examen du projet de Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services (*suite*)

Article 41 sexies (suite)

1. M. WALLACE (États-Unis d'Amérique) dit que sa délégation est globalement satisfaite du libellé de l'article 41 *sexies* mais qu'il pourrait être utile d'ajouter des intertitres pour marquer la diversité des procédures de sélection et faciliter la lecture de cet article complexe. Peut-être conviendrait-il aussi de préciser, à l'alinéa 41 *sexies* 1 *c*, que le jury impartial d'experts n'a qu'une fonction consultative. Au paragraphe 4 les notions de "seuil" et de "note" gagneraient aussi à être précisées.

2. M. UEMURA (Japon) souhaiterait que la Commission examine l'opportunité de prévoir des garanties de soumission.

3. M. CHOUKRI SBAI (Maroc), revenant à l'article 41 *bis*, paragraphe 3, propose d'ajouter un paragraphe, dont il lit le libellé.

4. Le PRÉSIDENT rappelle que la Commission a déjà examiné ce point; comme le libellé proposé est assez proche du texte actuel, il renvoie la proposition au Groupe de rédaction.

5. M. LEVY (Canada), revenant à l'article 41 *sexies*, dit qu'il est lui aussi préoccupé par la complexité de cet article et souhaiterait le rendre plus lisible, par exemple par l'insertion d'intertitres avant les paragraphes 2, 3 et 4. L'on pourrait par ailleurs insérer au début du texte du projet de loi type une note de bas de page précisant qu'à côté des deux méthodes principales pour la passation des marchés de services, la loi type propose diverses méthodes optionnelles, et qu'il est loisible aux États de ne pas les incorporer dans leur législation. Cette note pourrait renvoyer au Guide.

6. Le PRÉSIDENT rappelle qu'il faudra ultérieurement réfléchir à nouveau à la structure du projet de loi type, et notamment à l'insertion des notes de bas de page. Il indique que les paragraphes 2, 3 et 4 de l'article 41 *sexies* correspondent aux trois principales procédures de sélection : sans négociations, avec négociations, et avec des négociations échelonnées.

7. M. WALSER (Observateur de la Banque mondiale) constate que les paragraphes 2 et 4 correspondent bien aux méthodes de sélection généralement appliquées par les entités adjudicatrices pour les marchés de services consultatifs, le paragraphe 2 décrivant la procédure dans laquelle le prix est l'un des principaux critères d'évaluation des offres, le paragraphe 4 celle dans laquelle le prix n'est pas un critère décisif. Les intertitres que l'on insérerait pourraient marquer cette distinction. Quant au paragraphe 3, la procédure qu'il décrit n'est pas utilisée dans la pratique, et il pourrait être supprimé; l'alinéa *d* de ce paragraphe est d'ailleurs particulièrement obscur. Quant à l'observation du représentant du

Japon, il n'y a généralement pas de garanties de soumission pour les marchés de services de consultants et la Banque mondiale recommande toujours aux gouvernements de ne pas en exiger. Enfin, le représentant de la Banque mondiale indique que l'organisation qu'il représente n'est pas favorable à la marge de préférence prévue à l'article 41 *quater* et estime qu'il est dangereux de consacrer cette notion dans la Loi type.

8. M. LOBSIGER (Observateur de la Suisse) dit que la Commission devrait préciser les attributions et les compétences du jury mentionné à l'alinéa 1 *c* de l'article 41 *sexies*. Les jurys jouent un rôle uniquement consultatif et se prononcent seulement sur l'aspect esthétique, artistique ou technique d'un projet; il incombe à l'autorité adjudicatrice de contrôler l'activité du jury, et c'est elle seule qui prend la décision d'attribution du marché. Si la Commission veut ajouter une explication sur le rôle consultatif du jury, elle peut le faire dans le Guide. Mais ces dispositions doivent rester flexibles pour refléter les différentes pratiques en vigueur. Il serait par contre utile d'expliquer la responsabilité de l'autorité adjudicatrice en tant qu'autorité étatique s'agissant de veiller à l'application des principes généraux énoncés dans le préambule de la loi type.

9. Le PRÉSIDENT estime qu'il est bien clair à l'article 41 *sexies* que le jury n'a qu'un rôle consultatif.

10. M. TUVAYANOND (Thaïlande) dit que, vu la longueur et la complexité de l'article 41 *sexies*, sa délégation n'est pas hostile à l'idée d'en expliquer le texte dans des notes de bas de page ou dans le Guide, pour permettre aux gouvernements de s'orienter dans ses dispositions. Contrairement à certains, le représentant de la Thaïlande estime que le paragraphe 3 de cet article ne doit pas être supprimé. En effet, s'il n'intéresse pas les pays développés, il revêt une importance certaine pour les pays en développement qui ont souvent recours aux services de consultants dans certains domaines très techniques, par exemple en matière d'énergie nucléaire. La Thaïlande, quant à elle, utilise la méthode décrite dans ce paragraphe. En outre, la suppression d'un paragraphe entier n'est pas admissible, car l'un des buts de la loi type est d'harmoniser les législations dans l'intérêt du commerce international. Peut-être pourrait-on indiquer une note de bas de page ou dans le Guide que la multiplicité des méthodes proposées vise à refléter l'état des pratiques dans les divers pays. Enfin, si l'idée de donner des titres aux paragraphes est retenue, il faut qu'elle soit appliquée uniformément et que tous les paragraphes aient un titre.

11. Pour M. CHATURVEDI (Inde), l'article 41 *sexies*, détaillé et trop complexe, prête à confusion. Il vaudrait mieux le réduire à un ou deux paragraphes. Si néanmoins l'on décide d'en maintenir le texte tel quel, il serait bon d'y insérer des sous-titres. La proposition d'insérer une note expliquant les différentes procédures de sélection est à retenir, mais ces explications doivent figurer dans la loi type, et non dans le Guide. Au paragraphe 2, la fixation d'un seuil n'est pas praticable pour les pays en développement. Le paragraphe 3 *a* est lui aussi impraticable, en particulier s'agissant de services. En effet, l'entité adjudicatrice n'est normalement disposée à négocier qu'avec les fournisseurs ou entrepreneurs ayant soumis des propositions très proches des conditions qu'elle a fixées, et l'on ne saurait exiger qu'elle négocie avec "tous". Quant au paragraphe 3 *c*, il convient de le supprimer car on ne peut dissocier les considérations de prix des évaluations techniques.

12. M. WALLACE (États-Unis d'Amérique) appuie la proposition faite par le Canada et appuyée par la Thaïlande et l'Inde en faveur d'une note de bas de page ou d'un commentaire dans le Guide, tout particulièrement si l'on adopte le principe de placer le chapitre IV *bis* après le chapitre III sur les appels d'offres et avant le chapitre IV consacré aux autres méthodes. Le paragraphe 3 de l'article 41 *sexies* devrait être maintenu. Il porte non seulement sur les services de consultants, mais aussi sur d'autres catégories de services auxquels peuvent avoir recours les gouvernements. Ceci est d'autant plus important que ce paragraphe est assujetti à toutes les garanties prévues aux articles 41 *bis*, *ter*, *quater* et *quinquies*. Quant à l'observation de l'observateur de la Banque mondiale concernant la marge de préférence prévue à l'article 41 *quater*, et par laquelle il a exprimé une préoccupation partagée par certaines délégations, le représentant des États-Unis rappelle qu'il a été décidé de fournir des explications à cet égard dans le Guide.

13. Par ailleurs, la question se pose, comme l'a dit le représentant de l'Inde, de savoir si l'entité adjudicatrice doit traiter avec tous les fournisseurs et entrepreneurs. Certes, un seuil est prévu, mais peut-être faudrait-il revenir à l'article 41 *bis* et y ajouter un cinquième paragraphe stipulant que dans les cas où un avis n'est pas nécessaire et où l'on n'a recours qu'à la sollicitation ou à la sélection directes, ou encore dans les cas où un avis a été publié et où un certain nombre de fournisseurs et d'entrepreneurs y ont répondu, l'entité n'est pas tenue de traiter avec d'autres fournisseurs et entrepreneurs. Aux termes des paragraphes 2 et 3 de l'article 41 *bis*, l'entité adjudicatrice est autorisée à limiter le nombre de fournisseurs et d'entrepreneurs dont elle sollicite des propositions techniques.

14. M. WALSER (Observateur de la Banque mondiale) dit que, selon une opinion, le jury d'experts prévu au paragraphe 1 *c* n'aurait à juger que les aspects artistiques ou esthétiques des propositions présentées. Pour la Banque mondiale, le chapitre IV *bis* traite essentiellement des services consultatifs, et, pour évaluer des propositions concernant ces services, un jury est nécessaire. En effet, une évaluation mathématique et objective est dans un tel cas impossible. On est en présence de toute une série de critères concernant par exemple l'expérience de la société concernée et de son personnel, leur connaissance des conditions particulières du pays, des projets précédemment réalisés, etc., et seul un jury d'experts est à même d'évaluer les mérites techniques de chacune des propositions au regard de ces critères. Il est clair que les experts ne prennent pas de décision. Les considérations de prix peuvent jouer ou non, mais c'est à l'entité adjudicatrice elle-même de décider à qui attribuer le marché ou avec qui négocier. Dans de nombreux cas, on ne pourra se passer d'un tel jury, qui seul permettra d'évaluer les propositions.

15. M. LEVY (Canada) suggère de diviser l'article 41 *sexies* en quatre articles distincts dont le titre indiquerait la méthode de sélection traitée. Le titre de l'article 41 *sexies* resterait "procédures de sélection" et les articles suivants — les paragraphes 2, 3 et 4 — pourraient s'intituler, par exemple, "Sélection avec fixation d'un seuil", "Sélection avec des négociations" et "Sélection avec un seuil et des négociations". M. Levy se range à la proposition faite par les États-Unis de placer le chapitre IV *bis* après le chapitre III relatif à la procédure d'appel d'offres et avant le chapitre IV concernant les autres méthodes.

16. M. CHOUKRI SBAI (Maroc) dit que la sélection d'un jury composé d'experts impartiaux par l'entité adjudicatrice n'est certainement pas pour elle une obligation. Le texte retenu devrait montrer très clairement que c'est l'entité adjudicatrice qui prend la décision finale. Le recours à un "groupe" d'experts pouvant s'avérer très coûteux, comme le Maroc en a fait l'expérience, il importe de lui laisser toute liberté de choix. Elle doit être libre de demander des avis à un seul expert.

17. M. MELAIN (France) dit qu'il ressort clairement du texte tel qu'il est rédigé que la possibilité de recourir à un groupe d'experts ou à un jury indépendant est un choix et non une obligation pour l'entité adjudicatrice. Il importe cependant d'insister sur l'indépendance et l'impartialité de ces experts, notamment par rapport aux participants au concours lui-même. Il est bien évidemment essentiel que ces experts n'aient aucune relation directe avec les participants au concours.

18. M. TUVAYANOND (Thaïlande) dit que sa délégation peut accepter le paragraphe 1 de l'article 41 *sexies* tel quel mais elle se demande si l'alinéa *c* ne pourrait être supprimé, car il va sans dire que l'entité adjudicatrice peut faire appel à un groupe d'experts.

19. M. CHATURVEDI (Inde) pense au contraire que le paragraphe 1 *c* est approprié et ne devrait pas être modifié. Ce paragraphe expose l'un des choix qui s'offre à l'entité adjudicatrice. En outre, il convient de tenir compte de l'observation du représentant du Maroc sur le coût des groupes consultatifs lorsque l'on mentionne le recours à des organismes extérieurs pour obtenir un avis. Au paragraphe 1 *a*, le membre de phrase "qui a été notifiée aux fournisseurs ou entrepreneurs dans la sollicitation de propositions" soulève quelques difficultés car il est le plus souvent impossible d'indiquer dans la sollicitation la procédure qui sera adoptée, puisqu'on ne sait pas au départ s'il y aura des négociations et laquelle des méthodes prévues aux paragraphes 2, 3 ou 4 sera utilisée. Par ailleurs, le représentant de l'Inde souscrit à la proposition de la délégation des États-Unis de limiter le choix des fournisseurs à l'article 41 *bis*.

20. M. WALLACE (États-Unis d'Amérique) dit que le paragraphe 1 *c* se justifie car il y est question d'un jury extérieur à l'entité adjudicatrice et non des services internes de l'entité adjudicatrice qui normalement évaluent les offres. Il s'agit en l'occurrence de juger sur d'autres critères que celui du prix le plus bas, critère *normalement utilisé par l'entité adjudicatrice, ce qui* est important lorsque le marché a une composante artistique ou esthétique. Naturellement, l'un n'exclut pas l'autre, et l'on peut faire intervenir à la fois les fonctionnaires de l'entité adjudicatrice et un jury extérieur.

21. M. WALSER (Observateur de la Banque mondiale) remercie le représentant des États-Unis pour ses explications et dit que n'ayant pu participer à la session précédente du Groupe de travail, il avait compris que l'alinéa *c* renvoyait au groupe interne d'experts siégeant au sein de tout ministère pour évaluer les propositions des fournisseurs au regard de leur qualité technique. Il estime dès lors que si l'alinéa 1 *c* vise un jury externe, il faudrait le préciser dans cet alinéa et aux paragraphes 2 et 4.

22. M. CHATURVEDI (Inde), évoquant les divers intitulés proposés par la délégation canadienne pour les différents paragraphes de l'article 41 *sexies*, fait valoir que les procédures en question sont liées, les négociations ne pouvant par exemple être écartées une fois un seuil établi. C'est pourquoi il est impossible d'indiquer d'emblée, comme le voudrait l'alinéa 1 *a*, quelle est la méthode qui sera utilisée.

23. M. LOBSIGER (Observateur de la Suisse), répondant à la question posée par la délégation thaïlandaise de savoir pourquoi cette disposition sur les jurys a été insérée au paragraphe 1 de l'article 41 *sexies*, fait remarquer que l'alinéa 1 *a* pose le principe de l'exclusivité des trois méthodes de sélection, mais que l'on a cependant voulu indiquer, à l'alinéa *c*, que cette exclusivité n'empêchait pas l'entité adjudicatrice de recourir à un jury. Peut-être peut-on regretter que le lien logique entre les alinéas *a* et *c* ait été rompu.

24. Le PRÉSIDENT déclare que l'examen du paragraphe 1 est achevé et suggère que le Groupe de rédaction envisage de préciser la règle énoncée à l'alinéa 1 *c*. Il constate que l'opinion exprimée par la délégation indienne n'est pas partagée par les autres délégations car le libellé actuel de l'alinéa *c* semble recueillir l'adhésion des membres.

25. M. CHATURVEDI (Inde) propose de maintenir le paragraphe 1 *c* en l'état.

La séance est suspendue à 11 h 45; elle est reprise à 12 h 10.

Paragraphe 2

26. Le PRÉSIDENT dit que, ainsi qu'on l'a proposé, le Groupe de rédaction examinera la possibilité de transformer les paragraphes 2, 3 et 4 en articles distincts et d'affecter à chacun d'eux un intitulé convenable.

27. M. FRIS (États-Unis d'Amérique) fait observer, s'agissant de la notion de seuil utilisée au paragraphe 2, que la pratique peut varier d'un pays à l'autre et d'une organisation à l'autre en ce qui concerne l'évaluation des qualifications techniques des propositions. Il croit comprendre que l'expression "fixe un seuil" renvoie à la pratique de la Banque mondiale et d'autres organisations qui consiste à établir au moment de la sollicitation des propositions une norme quantitative à partir de laquelle il est procédé à l'évaluation de celles-ci. Or d'autres pays, dont les États-Unis, ne prévoient pas de seuil dans les documents de sollicitation, étant entendu qu'il est procédé à l'évaluation des qualifications techniques des propositions pour établir une grille des qualifications. Les pratiques autres que celles décrites au paragraphe 2 pourraient être utilement évoquées dans le Guide.

28. M. WESTPHAL (Allemagne), souscrivant à l'observation du représentant des États-Unis, fait observer que son pays ignore la méthode du seuil, mais que le reste de la procédure décrite à l'alinéa 2 *a* est tout à fait courante. Exiger de l'entité adjudicatrice qu'elle établisse un seuil semble excessif et il doute qu'il soit utile de le faire dans la loi type. Toutefois, si la Commission tient à conserver cette notion de seuil, elle devrait l'expliciter davantage, par exemple en ajoutant une phrase au texte.

29. M. CHATURVEDI (Inde) déclare qu'à entendre les représentants des États-Unis et de l'Allemagne, ses doutes quant à l'utilité du paragraphe 2 et de son alinéa *a* se trouvent renforcés. Ce paragraphe ne présente du reste aucune utilité pour les pays en développement. Il suggère donc de le supprimer.

30. M. WALSER (Observateur de la Banque mondiale) juge essentiel de prévoir un seuil au paragraphe 2, encore que le terme utilisé lui soit indifférent. On pourrait, par exemple, parler de "qualifications techniques minimales" ou trouver une autre formule. Il n'est pas aussi indispensable de prévoir un seuil au paragraphe 4, selon lequel l'on détermine la meilleure proposition du point de vue technique, pour ensuite négocier le prix avec son auteur. Mais le seuil est absolument nécessaire au paragraphe 2 *b* ii, pour éviter qu'une proposition médiocre du point de vue technique puisse être retenue sur la base du prix uniquement. Cette précaution, surtout importante pour les pays en développement, offre la meilleure garantie pour sélectionner des consultants qualifiés.

31. Le PRÉSIDENT estime que la Commission paraît favorable à l'idée de maintenir le paragraphe 2 en l'état et que le Groupe de rédaction pourrait trouver une formulation de nature à préciser l'idée contenue dans ce paragraphe.

32. M. AL-NASSER (Arabie saoudite) rappelle qu'à la session précédente sa délégation avait déjà exprimé des réserves quant à la disposition à l'examen. En effet, la notion de seuil n'est pas utilisée pour la passation des marchés en Arabie saoudite. Quoi qu'il en soit, la délégation d'Arabie saoudite attendra les résultats des travaux du Groupe de rédaction sur cette disposition pour se prononcer de manière définitive.

33. M. CHATURVEDI (Inde) pense que l'on devrait supprimer les mots "spécifiés dans la sollicitation de propositions" qui figurent à l'alinéa *a* du paragraphe 2 et remanier le reste de cet alinéa.

34. M. JAMES (Royaume-Uni) fait observer que ces mots renvoient aux critères énoncés à l'article 41 *quater* dont la Commission a déjà débattu. Si l'argument des représentants de l'Alle-

magne et des États-Unis selon lequel il n'est pas toujours possible de fixer un seuil ou une "fourchette" dans la sollicitation de propositions n'est pas sans mérite, il est par contre nécessaire d'énoncer dans la sollicitation les critères visés à l'article 41 *quater*. Il semble d'ailleurs que pour la Commission la référence à un seuil soit suffisante, et l'on pourrait développer cette notion dans le Guide plutôt que dans le texte de la loi type elle-même.

35. M. WALSER (Observateur de la Banque mondiale) juge essentiel que le seuil soit indiqué dans la sollicitation de propositions puisqu'il constitue la ligne qui sépare les fournisseurs retenus des autres. En l'absence de seuil, ces derniers pourraient avoir l'impression d'être victimes d'une injustice. Il faut donc conserver cette notion dans l'intérêt de la transparence et du libre jeu de la concurrence.

36. M. YOUSIF (Soudan) fait observer qu'aussi bien dans l'article à l'examen que dans le reste du texte, la traduction en arabe du mot "proposition" est inexacte. Il demande au Secrétariat de faire le nécessaire pour y remédier.

37. M. SHIMIZU (Japon), revenant sur la question des garanties de soumission, souhaiterait que le représentant de la Banque mondiale explique pourquoi de telles garanties ne sont pas souhaitables pour les marchés de services consultatifs.

Paragraphe 3

38. M. FRIS (États-Unis d'Amérique) croit comprendre que l'observateur de la Banque mondiale donne un sens très large à l'expression services de consultants et qu'il entend par là tous les services qui ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'une procédure d'appel d'offres. Il pourrait néanmoins être justifié, pour certains d'entre eux, de prévoir des garanties de soumission.

39. En ce qui concerne l'alinéa *a* du paragraphe 3, la dernière phrase appelle deux observations. Premièrement, lorsqu'on dit que la possibilité de participer aux négociations devrait être donnée à tous les fournisseurs ou entrepreneurs ayant soumis des propositions, on passe sous silence les propositions qui n'ont pas été sollicitées, mais présentées par des fournisseurs ayant entendu parler du marché et souhaitant y participer. Cette question n'est pas vraiment traitée dans la disposition. Deuxièmement, lorsque l'on parle des propositions "qui n'ont pas été rejetées", on n'indique pas quels sont les critères appliqués pour retenir ou rejeter lesdites propositions. Il conviendrait de préciser si c'est la notion de seuil visée au paragraphe 2 qui s'applique aussi ici.

40. Pour ce qui est de l'alinéa *c*, même si l'on n'aime pas la procédure qui fait l'objet du paragraphe 3, force est de reconnaître qu'elle est largement utilisée, a fortiori si l'on définit les services de manière très large. Or il est certain que les facteurs autres que le prix doivent être séparés du prix et c'est ce qu'on appelle dans la pratique la méthode des deux plis, un pour les aspects techniques, l'autre pour le prix. Si c'est cela que l'on veut dire, l'alinéa *c* est suffisant, mais peut-être devrait-on le dire dans la sollicitation de propositions et, partant, le préciser à l'article 41 *ter*.

41. M. JAMES (Royaume-Uni) estime que l'on doit conserver le paragraphe 3, faute de quoi l'entité adjudicatrice devra avoir recours à la méthode des négociations avec appel à la concurrence, qui est encore moins structurée. La méthode prévue au paragraphe 3 est largement utilisée par les États, notamment les pays en développement, et l'on ne peut l'ignorer lorsque l'on élabore une loi type.

42. Pour ce qui est de l'observation du représentant des États-Unis, le Groupe de travail a été amené à se pencher sur la question ainsi qu'il ressort du paragraphe 79 de son rapport publié sous la cote A/CN.9/392. Le Groupe de travail a estimé que les mots "qui n'ont pas été rejetées" ont leur utilité. Il ne s'agit pas à proprement parler d'un seuil au sens où ce mot est utilisé aux paragraphes 2 et 4, mais de la possibilité pour l'entité adjudicatrice de rejeter les propositions manifestement inadéquates avant de commencer les négociations. Cela ne ressort peut-être pas clairement du texte, mais si la Commission accepte le principe, le Groupe de rédaction pourrait peut-être essayer de mettre au point un libellé plus explicite.

43. En ce qui concerne le système des deux plis, la question a été également discutée au Groupe de travail. Il semble qu'il ne soit pas souhaitable de consacrer cette méthode mise au point par la pratique dans la loi type elle-même. Il serait préférable de laisser le texte tel quel mais de fournir des explications dans le Guide.

44. M. TUVAYANOND (Thaïlande) dit qu'en ce qui concerne les mots "qui n'ont pas été rejetés" à la fin de l'alinéa *a*, le rejet des offres n'est pas arbitraire et il existe des critères. Il s'agit seulement de permettre à l'entité adjudicatrice de rejeter les propositions manifestement inadéquates ou émanant d'entrepreneurs non qualifiés. Quant à la question de la méthode des deux plis, le représentant de la Thaïlande souscrit aux observations du représentant du Royaume-Uni, l'expression ne doit pas être reprise littéralement et n'a pas sa place dans la loi type elle-même. Quant à l'alinéa *c*, il est acceptable tel quel.

45. M. CHATURVEDI (Inde) propose de supprimer les alinéas *b* et *c*. L'alinéa *b* n'est pas nécessaire car l'entité adjudicatrice qui négocie un marché de services ne devrait pas avoir à négocier avec "tous" les fournisseurs ni à leur demander "leur meilleure offre définitive". Quant à l'alinéa *c*, il ne tient pas compte du fait que l'on ne peut pas toujours séparer complètement le prix d'une offre de ses aspects techniques.

46. M. WALSER (Observateur de la Banque mondiale) pense comme le représentant des États-Unis que le chapitre IV *bis* concerne tous les services pour lesquels un appel d'offres est impossible. Quant aux mots "qui n'ont pas été rejetées" figurant à la fin de l'alinéa *a* du paragraphe 3, ils sont nécessaires et renvoient au principe du seuil consacré au paragraphe 2 et au paragraphe 4. C'est en tout cas ainsi que l'observateur de la Banque mondiale les comprend.

47. Pour ce qui est du système des deux plis, ce n'est pas l'expression qui importe, mais l'on estime à la Banque mondiale que, lorsque le prix est un critère, les évaluateurs ne doivent pas en avoir connaissance lorsqu'ils examinent les aspects techniques des propositions, de manière à ne pas être influencés par lui. Il doit donc être indiqué très clairement au paragraphe 3 que le prix ne doit être connu qu'une fois l'évaluation technique achevée. Cela n'est pas nécessaire au paragraphe 4 puisque, selon la méthode qu'il prévoit, l'évaluation se fait d'abord sur des bases strictement techniques, après quoi l'entité adjudicatrice engage des négociations sur le prix. Si l'on conserve le paragraphe 3 — la Banque mondiale estime qu'on ne devrait pas le conserver — le prix doit être soumis avec la "meilleure offre définitive" de manière à préserver une certaine transparence dans une méthode qui est de toute façon complexe, voire dangereuse.

48. M. LEVY (Canada) souscrit aux observations du représentant du Royaume-Uni en ce qui concerne le paragraphe 3 et dit que si le Groupe de rédaction doit remanier l'alinéa *a* de ce paragraphe, il pourrait envisager à cette fin le libellé suivant :

> "Lorsqu'elle utilise la procédure prévue au présent paragraphe, l'entité adjudicatrice engage des négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs qui ont soumis des propositions acceptables, et elle peut demander ou autoriser la modification de ces propositions, à condition que la possibilité de participer aux négociations soit donnée à tous ces fournisseurs ou entrepreneurs."

La séance est levée à 13 h 5.

Compte rendu analytique de la 529e séance

Lundi 6 juin 1994, à 15 heures

[A/CN.9/SR.529]

Président : M. MORÁN (Espagne)

La séance est ouverte à 15 h 5.

NOUVEL ORDRE ÉCONOMIQUE INTERNATIONAL : PASSATION DES MARCHÉS *(suite)*

PASSATION DES MARCHÉS DE SERVICES *(suite)* (A/CN.9/392)

Examen du projet de Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services *(suite)*

Article 41 sexies (suite)

1. M. CHATURVEDI (Inde) n'est pas d'accord avec le Canada, qui souhaite faire disparaître de l'alinéa *a* du paragraphe 3 le terme "qui n'ont pas été rejetées".

2. M. WALSER (Observateur de la Banque mondiale) serait d'avis de faire disparaître l'ensemble du paragraphe 3, mais il s'incline devant la majorité, qui souhaite le conserver, mais aura besoin alors de certains éclaircissements sur la procédure à suivre. Les décisions des alinéas *a*, *b* et *c* sont judicieuses, mais l'alinéa *d* manque de clarté quant à la forme que doit revêtir l'évaluation finale. La disposition parle de la proposition qui répond le mieux aux besoins de l'entité adjudicatrice, ce qui est en principe correct mais n'a pas la clarté à laquelle oblige un marché public. M. Walser se demande si en réalité la procédure prévue à l'alinéa *d* n'est pas la même que celle que vise le paragraphe 2. C'est pourquoi il propose d'indiquer simplement qu'une fois reçues les meilleures offres définitives des concurrents, ces offres sont évaluées conformément aux dispositions du paragraphe 2.

3. Le PRÉSIDENT dit que le texte de l'alinéa *d* lui paraît suffisamment clair, eu égard au fait que l'article 41 *quater* donne à l'entité adjudicatrice la possibilité de décider quelle est la proposition qui répond le mieux à ses intérêts. Il serait donc préférable de maintenir le texte actuel de l'alinéa *d*, comme semble le penser la majorité des délégations.

4. M. CHATURVEDI (Inde) préférerait lui aussi que l'on conserve le libellé actuel de l'alinéa *d* du paragraphe 3.

5. M. WALLACE (États-Unis d'Amérique), se référant aux commentaires de l'observateur de la Banque mondiale, fait observer que les formules utilisées à l'alinéa *d* sont les mêmes qu'à l'article 38. L'alinéa *d* est bien rédigé, puisqu'il mentionne la pondération relative et les modalités d'application des divers critères, bien qu'à la vérité il ne fixe pas de conditions rigoureuses.

6. Pour ce qui est du libellé de l'alinéa *a* du paragraphe 3 proposé par le Canada à la session précédente, M. Wallace constate que le terme "propositions acceptables" y est employé à la place de "propositions qui n'ont pas été rejetées". Aux États-Unis, on utilise dans la pratique l'expression "techniquement acceptables" pour bien exprimer qu'il y a d'autres critères que le seul prix. C'est un point fondamental puisque, dans le domaine des services, le prix est une considération de second ordre, qui peut même ne pas entrer en ligne de compte. Si l'on utilise cette expression, non seulement à l'alinéa *a* du paragraphe 3, mais aussi dans les paragraphes 2 et 4, cela élucidera la question du "seuil" ; sinon, il semblera que la procédure est la même, ce qui n'est probablement pas dans l'intention de la Commission. Comme l'a indiqué le Royaume-Uni en renvoyant au rapport A/CN.9/392, le Groupe de travail n'a pas établi d'équivalence entre cette procédure et celle du seuil. On peut se demander pourtant s'il ne conviendrait pas de le faire, puisque les deux procédures sont très ressemblantes. Ce que l'on dit, fondamentalement, c'est qu'il y aura des concurrents qui n'atteindront pas le seuil minimum et qui seront donc exclus, qu'on ne négociera pas avec eux selon les paragraphes 3 et 4, qu'ils ne pourront dont plus être déclarés adjudicataires selon le paragraphe 2, même s'ils sont les mieux-disants. Pour M. Wallace, il s'agit de notions identiques, mais que l'on pourrait appliquer de manière différente. Si l'on améliore donc un peu le libellé proposé par le Canada, on pourra peut-être uniformiser toutes ces dispositions.

7. Le PRÉSIDENT pense lui aussi que l'insertion du terme "techniquement" pourrait faire mieux comprendre l'article.

8. M. AL-NASSER (Arabie saoudite), demandant des éclaircissements sur les paragraphes 2, 3 et 4 de l'article 41 *sexies*, demande quelles dispositions s'appliqueront si l'entité adjudicatrice n'utilise pas les procédures qui y sont prévues. Si, en effet, elle n'en utilise aucune, il n'y a pas de lacune juridique.

9. Le PRÉSIDENT dit qu'à son avis l'expression de caractère conditionnel par laquelle commencent les paragraphes 2, 3 et 4 ("Lorsque ...") répond à la structure même de cette disposition, qui permet l'utilisation de l'une quelconque des trois méthodes, comme il est dit à l'alinéa *a* du paragraphe 1. C'est une présomption de fait de caractère conditionnel, avec un effet juridique de caractère objectif.

10. M. WALLACE (États-Unis d'Amérique), appuyé par M. WALSER (Observateur de la Banque mondiale), dit que le système mis en place dans ces dispositions leur paraît cohérent. Conformément à l'article 16, le chapitre IV fixe les méthodes à utiliser de préférence (mais pas nécessairement exclusivement) pour la passation des marchés de services. Ainsi, si c'est la méthode la plus courante qui est retenue, il faut se conformer au chapitre IV *bis*, et, dans ce chapitre, à l'article 41 *sexies*, qui dispose à l'alinéa *a* du paragraphe 1 que l'entité adjudicatrice utilise la procédure prévue au paragraphe 2, le paragraphe 3 ou le paragraphe 4, tel qu'elle aura été notifiée dans la sollicitation de propositions. Ainsi donc, cette sollicitation de proposition indiquera laquelle des trois procédures l'entité utilisera. Quelle que soit la méthode qu'elle aura choisie, elle devra se conformer aux dispositions du paragraphe pertinent.

11. Le PRÉSIDENT dit que, s'il n'y a pas d'objections, il considérera que la Commission souhaite renvoyer au Groupe de rédaction le paragraphe 3 de l'article 41 *sexies*.

12. *Il en est ainsi décidé.*

13. M. WALLACE (États-Unis d'Amérique), se référant à l'alinéa *d* du paragraphe 4, se demande s'il ne serait pas utile de reprendre la même idée pour les autres méthodes, aux paragraphes

2 et 3. D'autre part, l'alinéa *e* se réfère à la négociation de gré à gré. A propos de cette méthode, il faut savoir que si, après avoir négocié avec le mieux-disant l'entité adjudicatrice n'arrive pas à s'entendre avec lui sur le prix, elle passe au concurrent suivant, et ainsi de suite. Si, arrivée au dernier concurrent, elle n'a toujours pas conclu, elle peut avoir la tentation de reprendre les négociations avec le tout premier fournisseur. Au Groupe de travail, certains se sont opposés énergiquement à cette éventualité, car cela reviendrait à faire une vente aux enchères du processus d'appel d'offres. Pour ce qui est des services qui ne peuvent faire l'objet d'un appel d'offres, il faut trouver l'équilibre entre la qualité que l'on souhaite obtenir et le prix que l'on est prêt à payer, car aucune des méthodes prévues ne permet d'aller directement au mieux-disant, pas même celle que fixe le sous-alinéa i de l'alinéa *b* du paragraphe 2, parce qu'il faut que la proposition soit techniquement acceptable. Il faut donc bien préciser que l'entité adjudicatrice ne pourra rouvrir des négociations avec le mieux-disant pour lui faire baisser ses prix.

14. M. WALSER (Observateur de la Banque mondiale) dit qu'à la Banque mondiale les ingénieurs préfèrent la procédure prévue au paragraphe 4, parce qu'ils considèrent que la sélection doit se faire exclusivement sur la base des qualités techniques de la proposition, sans tenir compte du prix, et qu'ensuite l'entité adjudicatrice doit négocier un prix acceptable avec le mieux-disant. A la Banque mondiale, on a toujours procédé ainsi. Certains fonctionnaires de l'institution, dont M. Walser lui-même, croient fermement qu'il faut tenir compte du prix; c'est pourquoi ils en tiennent pour le texte du paragraphe 2. Il faut cependant reconnaître que la Banque accepte la méthode prévue au paragraphe 4, et qu'en fait elle utilise les deux procédures (paragraphe 2 et paragraphe 4). Le problème que soulève le paragraphe 4 est celui de savoir comment on peut décider, selon l'alinéa *e*, que les négociations ne peuvent aboutir. La Banque a pour sa part une certaine expérience de ce que peut être un prix acceptable pour certaines catégories de réalisation d'ingénierie ou de services de gestion, mais le moment où on doit faire son choix n'est pas clair. La disposition ne donne aucune directive précise à l'entité adjudicatrice sur la manière dont elle peut déterminer que le prix exigé par le meilleur concurrent est exagérément élevé et qu'il y a lieu de l'écarter, pour passer au concurrent suivant. Il faudrait être plus clair sur ce point et bien faire comprendre qu'une fois disqualifié le premier concurrent et ouvertes les négociations avec le deuxième, il n'est plus question de revenir en arrière.

15. Le PRÉSIDENT fait observer, à propos de l'alinéa *d* du paragraphe 4, que la Commission doit choisir entre la transparence — auquel cas l'obligation prévue dans ce paragraphe devra être aussi posée aux paragraphes 2 et 3 du même article — et le souci de ne pas effrayer l'entité adjudicatrice, auquel cas il conviendrait de supprimer l'alinéa *b*.

16. M. CHATURVEDI (Inde) juge le paragraphe 4 acceptable, sauf l'alinéa *e*, qui devrait disparaître pour que le texte soit cohérent.

17. M. LEVY (Canada) constate qu'aucune autre disposition du projet de Loi type n'envisage l'obligation prévue à l'alinéa *d* du paragraphe 4. Il faut d'autre part tenir compte du fait que la méthode de passation prévue au chapitre IV *bis* n'est pas la même que les autres. Par exemple, le problème du choix de l'adjudicataire ne se pose pas, parce que les plis sont dépouillés en présence des intéressés. D'autre part, l'alinéa *d* du paragraphe n'est pas l'analogue du paragraphe 6 de l'article 35 du chapitre IV, car ce dernier traite des obligations de l'autorité adjudicatrice en matière de publicité de l'entrée en vigueur d'un contrat avec l'un des concurrents. De toute manière, l'alinéa *d* est acceptable.

18. Le PRÉSIDENT dit que l'article 11 *ter* consacre une obligation analogue à celle que pose l'alinéa *d* du paragraphe 4.

19. M. WALLACE (États-Unis d'Amérique) pense lui aussi que l'alinéa *d* impose une charge à l'entité adjudicatrice, mais il n'y voit pas d'inconvénient. Au contraire, le projet de loi type vise à promouvoir la transparence, la concurrence et l'équité et à ce que les États qui l'adopteront modifient leurs pratiques en matière de passation des marchés. En d'autres termes, l'alinéa impose une charge aux entités adjudicatrices, mais c'est une charge utile que l'on pourrait même renforcer, en mentionnant également que l'entité adjudicatrice doit expliquer aux fournisseurs ou entrepreneurs pourquoi ils n'ont pas atteint le seuil minimum exigible. De toute manière, il faudrait également énoncer l'obligation prévue dans cet alinéa aux paragraphes 2 et 3.

20. Quant à l'alinéa *e* du paragraphe 4, M. Wallace dit partager l'opinion selon laquelle il serait utile d'expliquer à l'entité adjudicatrice quand elle peut rejeter la proposition du fournisseur de l'entrepreneur qui a présenté le meilleur dossier et examiner celui qui était en deuxième ou troisième place. En aucun cas l'entité adjudicatrice ne doit revenir en arrière et reprendre l'examen d'une proposition qu'elle aurait déjà repoussée, car on tomberait alors dans une sorte de vente aux enchères, ce qui ne serait pas conforme à l'esprit de la procédure stricte que fixe le chapitre IV *bis*.

21. M. JAMES (Royaume-Uni) dit que le Groupe de travail a inclus le paragraphe 4 dans le projet parce qu'il était convaincu qu'il fallait faire savoir aux fournisseurs et entrepreneurs qu'ils avaient dépassé le seuil minimum. Cette considération est moins importante lorsqu'il s'agit des cas que couvrent les paragraphes 2 et 3 de l'article à l'examen. Quoi qu'il en soit, le projet de loi type vise à favoriser l'équité et la justice et à mettre les intéressés au courant du sort fait à leurs propositions ou offres. En conséquence, il faudrait peut-être indiquer à l'article 11 qu'il faudra tenir registre de tous les fournisseurs ou entrepreneurs dont les propositions auraient dépassé le seuil plancher. Cette solution serait favorable à la transparence, sans imposer une charge excessive à l'entité adjudicatrice.

22. M. LEVY (Canada) n'a pas d'objection de fond à faire à propos de l'alinéa *d* du paragraphe 4, encore qu'on puisse le fusionner avec l'alinéa *c* du même paragraphe. De toute manière, comme on l'a dit, le paragraphe 4 et les paragraphes 2 et 3 ne sont pas analogues.

23. Pour ce qui est de l'alinéa *e* du paragraphe 4, le Canada est lui aussi d'avis qu'il faut dire clairement qu'une fois que l'entité adjudicatrice a repoussé une proposition, ou plusieurs, elle ne peut rouvrir ultérieurement le dossier. Il ne s'agit pas d'employer des formules si strictes qu'elles priveraient l'entité adjudicatrice de la latitude dont elle a besoin pour agir dans le sens des intérêts du pays.

24. M. WALLACE (États-Unis d'Amérique), soutenu par M. CHATURVEDI (Inde), approuve la proposition tendant à ce que le problème soulevé par l'alinéa *d* du paragraphe 4 soit résolu par un réaménagement de l'article 11, dans le sens indiqué par le Royaume-Uni, et souscrit aux observations faites par le Canada sur l'alinéa *e* de ce paragraphe, que l'on pourrait conserver tel quel.

25. Le PRÉSIDENT dit que s'il n'y a pas d'objections il considérera que la Commission souhaite approuver l'article 41 *sexies* sous sa forme actuelle, sous réserve de l'examen auquel le Groupe de travail soumettra, s'il le juge utile, l'alinéa *d* du paragraphe 4.

26. *Il en est ainsi décidé.*

Article 41 septies

27. M. CHATURVEDI (Inde) n'approuve pas la première phrase de l'article 41 *septies*, qui dit que l'entité adjudicatrice ne doit pas révéler le contenu des propositions aux fournisseurs et entrepre-

neurs concurrents. L'article 40 prévoit la tenue des négociations et il est possible qu'il soit utile au cours de ces négociations de connaître le contenu des propositions.

28. M. HUNJA (Service du droit commercial international) rappelle que le Groupe de travail a jugé qu'il fallait conserver la disposition sur la confidentialité, pour le cas surtout où il y aurait des négociations entre les fournisseurs et l'entité adjudicatrice sur certains aspects des propositions. L'idée est de préserver l'intégrité du processus de passation des marchés et de protéger les secrets commerciaux ou autres que pourrait renfermer la proposition et que certains entrepreneurs ne souhaiteraient pas porter à la connaissance de leurs concurrents. L'entité adjudicatrice peut débattre de n'importe quel détail d'une proposition avec le fournisseur qui l'a présentée, demander des éclaircissements sur certains points, mais il faut éviter qu'elle discute des conditions de chaque proposition avec les autres fournisseurs et entrepreneurs. Le paragraphe 3 de l'article 39 contient une disposition analogue, et le Groupe de rédaction pourrait se demander si l'article à l'examen est tout à fait clair sur ce point.

29. M. CHATURVEDI (Inde) déclare que, s'il s'agit de protéger le secret commercial, il faut qu'il soit clair que la question peut être débattue avec la partie qui présente la proposition. Il est compréhensible que l'on ne porte pas à la connaissance des autres parties le contenu des soumissions dans le cas d'un appel à la concurrence, mais, dans le secteur des services, on ne peut pas limiter les possibilités qu'a l'entité adjudicatrice de négocier le prix et d'autres aspects de la proposition qui l'intéresse.

30. M. WALLACE (États-Unis d'Amérique) juge que la question est extrêmement délicate et tient à ce que le rapport dise bien qu'il n'y a eu aucun doute là-dessus. La disposition est reprise au paragraphe 6 de l'article 38, relatif à la sollicitation de propositions, qui prévoit la confidentialité. Il est certain que le paragraphe 5 de cet article prévoit la possibilité de modification ou d'éclaircissement, mais il faut alors négocier simultanément avec plusieurs fournisseurs, il ne s'agit pas de les mettre en concurrence. Le paragraphe 3 de l'article 39 aussi dit que les négociations ont un caractère confidentiel, et le paragraphe 2 porte sur les éclaircissements. Ainsi, la structure de la Loi type est cohérente.

31. Le PRÉSIDENT dit que, s'il n'y a pas d'objections, il considérera que la Commission souhaite approuver l'article 41 *septies*.

32. *Il en est ainsi décidé.*

33. M. SHI Zhaoyu (Chine) souhaite soulever trois questions à propos de la structure du chapitre IV *bis*. D'abord, le titre ne convient pas et devrait rendre plus clairement compte de la finalité du chapitre et de ses rapports avec les autres parties et dispositions de la Loi type. Le Groupe de rédaction devrait introduire les modifications nécessaires. En deuxième lieu, le chapitre ne comprend qu'un seul article et il faudrait le diviser de manière que son contenu soit plus clair. Enfin, selon l'article 16 et sauf exception, l'entité adjudicatrice doit appliquer le chapitre IV *bis*, mais la même disposition dit que dans les mêmes circonstances on peut appliquer les méthodes prévues aux articles 17 à 20. L'article 17 pour sa part fixe les conditions de l'appel d'offres en deux étapes, de la sollicitation de propositions ou de la négociation avec appel à la concurrence, tandis que l'article 38 contient des dispositions concrètes sur les sollicitations de propositions. En réalité, pour ce qui est de la passation de marchés de services, les dispositions du chapitre IV *bis* et de l'article 38 ne sont pas identiques, mais elles appliquent toutes deux le critère du seuil. M. Shi se demande quel est le rapport entre le chapitre IV *bis* et l'article 38, et se réserve le droit de revenir sur le chapitre IV *bis*.

34. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie) croit que le moment est venu de reconsidérer tout ce que l'on a fait jusqu'à présent sur le texte portant modification de la Loi type sur la passation des marchés de biens et de travaux. Le chapitre IV *bis* devait être le texte principal sur les services, mais il contient des éléments et des procédures qui concernent non seulement la procédure de l'appel d'offres, mais aussi d'autres méthodes de passation des marchés. Le projet propose une série de choix pour la passation des marchés de biens et de travaux et la passation des marchés de services et il n'est pas toujours facile de comprendre les relations qu'ils entretiennent, ni les différences qui les opposent. La façon la plus radicale de simplifier le texte consisterait simplement à supprimer le chapitre IV *bis* tout entier, à adopter le texte sur les biens et les travaux, et à y ajouter les dispositions nécessaires sur la passation des marchés de services, en ce qui concerne surtout la méthode principale. En tout état de cause, la délégation australienne voit trois possibilités. La première consisterait à supprimer l'alinéa *b* du paragraphe 3 de l'article 16, de manière que les articles 17, 18, 19 et 20 ne soient plus considérés comme faisant partie du texte sur les services et qu'il soit bien évident que le chapitre IV *bis* est la disposition fondamentale pour la passation des marchés de services. La deuxième solution consisterait à supprimer l'alinéa *b* du paragraphe 3 de l'article 16 en indiquant dans une note de bas de page que l'État partie qui le désire peut adopter des dispositions analogues à celles que propose cet alinéa, moyennant certaines modifications à apporter aux articles 17 à 20. Enfin, l'alinéa *b* du paragraphe 3 de l'article 16 pourrait rester entre crochets, avec aux articles 17 à 20 les modifications que cela entraîne, et en plus une note disant que les États qui ne désirent pas avoir autant de solutions peuvent s'abstenir de promulguer les dispositions qui figurent entre crochets. Compte tenu de l'importance de la question, la Commission devrait prévenir les critiques que les États pourraient par la suite avoir des raisons de formuler.

La séance est suspendue à 16 h 40 ; elle reprend à 17 h 5.

35. M. WALLACE (États-Unis d'Amérique), se référant à la proposition de la délégation chinoise, dit qu'il faudrait non seulement modifier le titre du chapitre IV *bis*, mais aussi le déplacer, pour le faire passer après le chapitre III relatif à la comparaison des offres. Le nouveau titre pourrait être "Méthodes à préférer dans le cas des services". On pourrait également modifier le titre du chapitre IV actuel, pour dire simplement "Autres solutions".

36. Les États-Unis accepteraient toutes les solutions qu'a formulées l'Australie, mais il lui semble qu'il faudrait conserver la mention qui est faite aux articles 19 et 20 aux devis et à la passation de marchés quand il n'y a qu'un fournisseur.

37. Le PRÉSIDENT rappelle que le Groupe de travail a déjà décidé de laisser le chapitre IV *bis* après le chapitre consacré à la procédure par appel d'offres.

38. M. JAMES (Royaume-Uni) pense comme la Chine et l'Australie qu'il faut simplifier et rationaliser le texte de la Loi type. Si, cependant, l'on supprime le chapitre IV *bis*, il faudra donner plus de précision à l'article 16, car il est possible de recourir par voie d'appel d'offres pour de nombreux marchés de services. Il faudrait en outre préciser les méthodes qui doivent être utilisées dans les cas où l'appel d'offres ne convient pas.

39. Pour résoudre les problèmes posés, il conviendrait de mettre entre crochets soit l'article IV *bis*, soit l'article 17. De toute manière, il ne faudrait pas faire disparaître la mention qui est faite aux articles 19 et 20 de la sollicitation de devis et de la passation des marchés avec un seul concurrent. De ce point de vue, M. James déclare que la méthode de la sollicitation des devis est la plus courante, quand il s'agit d'acquérir des services à petite échelle.

40. La Loi type représente une solution d'accommodement. Elle n'est certainement pas idéale mais elle est acceptable, et, plutôt

que de la modifier fondamentalement, il vaudrait mieux en expliquer le contenu dans le commentaire.

41. M. LEVY (Canada) dit que la question soulevée par la Chine est restée sans solution au Groupe de travail, et que la solution proposée par l'Australie est simpliste. Comme on l'a indiqué, il faut prévoir le système de sollicitation de prix et celui de la sollicitation d'une source unique aussi dans le cas des services. Or, tous les systèmes de passation des marchés ne répondent pas au chapitre IV *bis*. M. Levy n'est pas d'avis que les articles 38 et 39 sont inutiles, parce qu'ils seraient couverts par le chapitre IV *bis*, il croit plutôt que ces articles prévoient des méthodes beaucoup plus simples que celles que propose le chapitre IV *bis* et qu'il faudrait donc le conserver. Le Canada n'accepterait pas la Loi type si l'on faisait disparaître les articles 38 et 39.

42. Pour éviter la confusion qui pourrait résulter de l'emplacement du chapitre IV *bis* après le chapitre III, on pourrait donner des explications et insérer une note de bas de page expliquant que les principales méthodes de passation des marchés sont l'appel d'offres, à l'égard des biens et des travaux, et la sollicitation de propositions, à l'égard des services. On pourrait également indiquer qu'il y a d'autres méthodes que les États peuvent utiliser à leur gré.

43. L'alinéa *b* du paragraphe 3 de l'article 16 ne devrait pas être renvoyé en note de bas de page. Sinon, il faudra mettre tout le chapitre IV *bis* entre crochets, et même mettre un astérisque après le titre, pour expliquer que les États peuvent choisir de ne pas incorporer dans leur droit interne les dispositions correspondantes. Comme l'a indiqué le Royaume-Uni, le mieux est de toucher le moins possible au texte à l'examen.

44. M. WALSER (Observateur de la Banque mondiale) approuve les trois solutions proposées par l'Australie. Il considère pour sa part que les articles 38 et 39 ne sont pas nécessaires, parce qu'ils sont couverts par le chapitre IV *bis*, lequel est bien rédigé, surtout le paragraphe 2 de l'article 41 *sexies* qui définit la meilleure méthode d'acquérir des services, appels d'offres mis à part.

45. M. CHATURVEDI (Inde) est prêt à accepter l'une quelconque des méthodes proposées par l'Australie, mais le mieux serait de laisser entre crochets l'alinéa *b* du paragraphe 3 de l'article 16.

46. M. LOBSIGER (Observateur de la Suisse) pense que le chapitre IV *bis* doit venir après le chapitre III, ce qui réglerait successivement le sort des deux principales méthodes que sont l'appel d'offres (pour les biens et les travaux) et la sollicitation de propositions (pour les services). Le texte de l'alinéa *b* du paragraphe 3 de l'article 16 ne doit pas faire obstacle au choix d'une autre méthode par le législateur national. La législation qu'adopteront les pays doit être simple et facile à appliquer pour les fonctionnaires. De ce point de vue, la technique consistant à mettre des crochets ou des astérisques à l'article 16 ne serait pas d'un grand secours. D'autre part, la Suisse approuve les propositions de l'Australie concernant les méthodes principales, qu'il convient de conserver.

47. M. MELAIN (France) dit que si le texte de la Loi type est complexe et mériterait qu'on le simplifie, il ne pense pas qu'il faille aller jusqu'à supprimer le chapitre IV *bis*. L'important est d'essayer de résoudre les difficultés qui apparaissent pour gérer les nombreuses procédures visées dans la Loi type. Pour la délégation française, il est indispensable de pouvoir recourir aux méthodes prévues à l'article 17 et suivants pour la passation des marchés de services, même si le chapitre IV *bis* prévoit d'autres procédures encore. Ce chapitre propose dans certains cas, sur le marché des services, la méthode qu'il faut utiliser de préférence. Par contre, la délégation française s'oppose à ce que l'alinéa *b* du paragraphe 3 de l'article 16 soit converti en simple note de bas de page. Il lui semble indispensable de maintenir cette disposition. Il ne fait aucun doute qu'il faudra orienter et aider les pays qui souhaitent adopter la Loi type, mais il semble peu probable que l'on trouve une solution simplifiant les diverses méthodes offertes à l'entité adjudicatrice. M. Melain s'oppose également à ce que l'on restreigne la portée de l'article 16, mais approuve la proposition canado-britannique visant à mettre entre crochets le chapitre IV *bis*.

48. M. WESTPHAL (Allemagne) pense que la Loi type est un texte très complexe, qui offre trop de solutions à l'entité adjudicatrice. On s'est prononcé plusieurs fois en faveur de la suppression du chapitre IV *bis*, mais les délibérations des derniers jours montrent qu'il est peu probable que cette solution sera retenue. L'Allemagne, d'une part, se range à l'opinion de la France sur le maintien de la méthode traditionnelle, c'est-à-dire la passation du marché avec une source unique, mais elle se demande, d'autre part, si le chapitre IV *bis* n'est pas déjà suffisamment élaboré pour répondre à tous les besoins et s'il ne suffirait pas à lui seul. Comme solution de compromis, l'Allemagne serait en faveur de maintenir le chapitre IV *bis* et d'exclure les autres méthodes des marchés de services.

49. M. TUVAYANOND (Thaïlande) s'oppose énergiquement à ce que l'on supprime le chapitre IV *bis* et que l'on rouvre le débat sur des questions déjà étudiées. Il réaffirme en même temps sa position, qui est qu'il faut indiquer clairement dans le projet de Loi type, soit en note de bas de page soit dans le texte même soit dans le Guide, que l'État est libre d'appliquer les méthodes de passation des marchés qui lui siéent et que commandent sa situation et ses particularités. Enfin, il pense que le libellé de l'alinéa *b* du paragraphe 3 de l'article 6 doit figurer dans le texte même, et non en note de bas de page.

50. WALLACE (États-Unis d'Amérique) est disposé à accepter le recours aux notes et crochets dans le texte. Il y a des précédents. La majorité des membres de la Commission pense qu'il faudrait mettre entre crochets l'alinéa *b* du paragraphe 3 de l'article 16, mais non le chapitre IV *bis*, parce que la Commission est appelée non seulement à consacrer le droit existant, mais aussi à l'harmoniser, à l'uniformiser, voire à le perfectionner. Comme il est indiqué aux paragraphes 11 et 14 du rapport A/CN.9/392, la Commission a étudié la question attentivement et décidé que le projet devait contenir un chapitre de la nature du chapitre IV *bis*. Quant au reste, la gamme de services qui peuvent être acquis est extrêmement large, et beaucoup ne peuvent faire l'objet d'un appel d'offres.

51. Le PRÉSIDENT croit comprendre que la Commission préfère que l'on ajoute une note au texte, probablement à l'article 16, pour attirer l'attention des États sur le fait qu'à partir de cette disposition le projet présente une série de solutions différentes. Si complexe que soit le projet, il faut comprendre que c'est inévitable quand il faut rassembler et refléter les traditions et les pratiques administratives et réglementaires de tout le monde.

52. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie) dit que, lorsqu'il a formulé sa proposition, il n'aurait jamais imaginé qu'elle susciterait une telle polémique. Quoi qu'il en soit, on s'accorde apparemment à penser qu'il faut charger le Groupe de rédaction de régler la question en rédigeant une note, qui s'insérerait probablement à l'article 16, disant que l'État adoptant la Loi pourra limiter le nombre de méthodes de passation de marchés de services, et limiter l'application de l'alinéa *b* du paragraphe 3 de l'article 16 à quelques-uns seulement des articles 17 à 20. Il faudrait modifier en conséquence les articles exclus.

53. M. SHI Zhaoyu (Chine) déclare qu'il n'avait pas l'intention de faire disparaître le chapitre IV *bis*, qui est l'aboutissement de longues négociations, ni aucune des dispositions sur lesquelles on

s'est déjà entendu. Il ne cherche pas non plus à jeter bas la structure de la Loi type, mais il lui semble que le texte doit être plus clair, de manière que l'entité adjudicatrice, les fournisseurs et les entrepreneurs s'orientent mieux parmi des dispositions applicables à divers domaines. Pour ce qui est de l'amélioration de la structure de la Loi type, la Chine est en principe d'accord avec l'Australie, mais la disparition de l'alinéa *b* du paragraphe 3 de l'article 16 n'est pas sans soulever plusieurs problèmes. D'après l'article 16, donc les procédures prévues aux articles 17 à 20 ne s'appliquent pas aux services, même s'il y est question de services et qu'elles devraient leur être applicables. Or, on ne voit pas clairement comment ces articles s'appliquent à la passation de marchés de services, si bien que, si l'on supprime l'alinéa *b* du paragraphe 3 de l'article 16, il faudra modifier les procédures relatives aux services dont il est question aux articles 17 à 20, et retoucher l'article 38.

La séance est levée à 18 h 10.

Compte rendu analytique de la 530e séance

Mardi 7 juin 1994, à 10 heures

[A/CN.9/SR.530]

Président : M. MORÁN (Espagne)

La séance est ouverte à 10 h 5.

NOUVEL ORDRE ÉCONOMIQUE INTERNATIONAL : PASSATION DES MARCHÉS *(suite)*

PASSATION DES MARCHÉS DE SERVICES *(suite)* (A/CN.9/392)

Examen du projet de Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services *(suite)*

Chapitre II. Méthodes de passation des marchés et conditions d'utilisation de ces méthodes

Article 16

1. M. LEVY (Canada) rappelle la teneur de la proposition de note de bas de page se rapportant à l'article 16-3 *b* dont il a donné lecture à la séance précédente. Il pense qu'elle est plus neutre que celle avancée par l'observateur de l'Australie à la même séance.

2. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie) dit qu'il n'a pas d'objection au libellé de la proposition formulée par le Canada mais estime qu'eu égard à l'adoption du texte du chapitre IV *bis*, il importe de n'autoriser qu'un nombre limité de choix en ce qui concerne la passation des marchés de services. Il faut permettre aux États adoptant la loi type de restreindre le nombre des méthodes possibles en limitant le champ d'application du paragraphe 3 *b* à certaines des méthodes visées aux articles 17 à 20. En incorporant dans la note de bas de page la passation des marchés de biens et de travaux comme l'a proposé le Canada, on affecte le texte original du projet alors que l'on ne devrait traiter que des questions supplémentaires nées de l'incorporation des marchés de services au projet. La proposition australienne offre un choix de restrictions en matière de services compte tenu du chapitre IV *bis*, qui reste la principale méthode de passation des marchés de services.

3. M. WALLACE (États-Unis d'Amérique) et M. CHATURVEDI (Inde) appuient le projet de note de bas de page proposé par la délégation canadienne.

4. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie) se range à la proposition canadienne, mais souhaite que ce commentaire comporte un paragraphe supplémentaire concernant les services et l'adoption du chapitre IV *bis*. Il importe de savoir si l'on veut conserver les articles 17 à 20, ou seulement l'article 20 qui serait considéré comme suffisant eu égard aux mécanismes prévus par ailleurs. Si l'on supprime l'un quelconque des articles 17 à 20, il faudra modifier le texte adopté pour en éliminer les références aux services.

5. M. LEVY (Canada) pense qu'il faudra souligner dans le Guide ou le commentaire que si l'on supprime les articles 19 et 20, on ne peut avoir recours à la procédure de sollicitation d'une source unique ou à des avis en cas d'urgence.

6. M. CHATURVEDI (Inde) dit que la dernière phrase de la proposition canadienne est assez claire. Elle ne signifie pas que l'on doive avoir une préférence pour une méthode particulière.

7. M. TUVAYANOND (Thaïlande) dit que la proposition de l'Australie de ne conserver que l'article 20 ne peut être retenue parce qu'en ce qui concerne les services, la sollicitation d'une source unique n'est pas suffisante : d'autres méthodes seront nécessaires.

Chapitre V. Recours

Articles 42 à 47

8. M. CHATURVEDI (Inde) dit qu'un fournisseur ou un entrepreneur qui a effectivement subi une perte ou un dommage ne peut se prévaloir du paragraphe 1 de l'article 42. Il conviendrait d'en supprimer les mots "qui déclare avoir subi". On peut par ailleurs, en ce qui concerne l'expression "la violation d'une obligation imposée à l'entité adjudicatrice", objecter que le mot "obligation" est une expression juridique dont le corollaire est la notion de droit. Il n'y a pas d'obligation sans droit. Or, les fournisseurs ou entrepreneurs n'ont aucun droit tant qu'un contrat n'est pas signé. L'utilisation du mot "obligation" n'est donc pas appropriée dans ce paragraphe. Le paragraphe 2 de l'article 42 semble acceptable en l'état. Par contre, le recours porté devant l'entité adjudicatrice (article 43) et le recours administratif (article 44) font double emploi. Si néanmoins l'on garde l'article 44, il convient d'en conserver la note de bas de page. A l'article 47, le nom du tribunal ou des tribunaux ne devrait pas être indiqué par l'entité adjudicatrice. C'est aux parties intéressées de choisir la juridiction compétente. Seul le droit local et les procédures du tribunal compétent sont applicables. A l'article 46, la période de sept jours prévue

pour la suspension de la procédure de passation du marché donne toute discrétion à l'entité adjudicatrice en ce qui concerne la procédure de passation du marché. Il ne devrait pas y avoir de suspension automatique.

9. M. TUVAYANOND (Thaïlande) pense comme le représentant de l'Inde qu'au paragraphe 1 de l'article 42 les mots "qui déclare avoir subi" devraient être supprimés, mais puisqu'ils figurent dans le texte adopté précédemment, il serait peut-être souhaitable d'insérer un petit commentaire à ce sujet dans le Guide. Toute déclaration de perte ou de dommage devrait être dûment justifiée pour que l'article 42 s'applique. Au paragraphe 2 *a bis* de l'article 42, il serait préférable, par souci d'harmonisation, d'utiliser l'expression "la procédure de sélection" plutôt que "le choix de la procédure d'évaluation". Enfin, le représentant de la Thaïlande souhaiterait qu'on lui rappelle quelles sont les garanties qui ont été prévues contre un abus du droit de recours.

10. M. CHOUKRI SBAI (Maroc) souscrit aux arguments avancés par le représentant de l'Inde en ce qui concerne le membre de phrase "qui déclare avoir subi, ou qui peut subir" au paragraphe 1 de l'article 42. De plus, il faudrait ajouter que, dans un délai de vingt jours, le fournisseur ou l'entrepreneur doit présenter un exposé des circonstances, ou mieux encore des "causes" — un terme juridique — de la perte ou du dommage, ce qui lui donnerait le droit de ne pas continuer à fournir les articles qu'il est censé livrer.

11. Aux paragraphes 2 et 4 de l'article 43, les délais prévus sont trop longs. Il faudrait en effet faire courir le délai à partir de l'apparition des causes qui ont abouti à un changement de circonstances. Dès que le fournisseur sait que les circonstances ont changé par suite de causes précises, il devrait en informer l'entité adjudicatrice. Au paragraphe 4, le délai de trente jours pour la présentation de la réclamation est trop généreux : il devrait être réduit à dix jours. Il importe en effet que la réclamation soit présentée rapidement. Il conviendrait d'ailleurs de laisser à chaque pays le soin de fixer le délai de présentation tant de la réclamation par le fournisseur ou l'entrepreneur que de la réponse à la réclamation par l'entité adjudicatrice.

12. M. WALLACE (États-Unis d'Amérique) rappelle qu'il avait été convenu de ne modifier les dispositions générales des chapitres I, II et V que dans la mesure où l'inclusion des marchés de services rendait cela nécessaire, l'argument du représentant de la Thaïlande concernant l'article 42-2 *a bis* est donc fondé et cette disposition semble n'avoir pas été rédigée de manière appropriée. Cette réserve mise à part, le texte actuel du chapitre V devrait être laissé en l'état. Quant à ce qu'a dit le représentant de l'Inde à propos de l'article 47 sur le recours judiciaire, il convient de souligner que cet article ne donne nullement à l'entité adjudicatrice la possibilité de décider devant quel tribunal porter le recours judiciaire. C'est au législateur de décider de l'instance compétente.

13. Le PRÉSIDENT dit que l'article 42 *bis* lui paraît clair et définit bien les cas de recours.

14. M. CHATURVEDI (Inde) dit que plusieurs questions restent controversées et il rappelle que l'argument selon lequel le texte a déjà été adopté ne tient pas, puisqu'on examine le texte dans l'optique de l'inclusion des "services" dans le champ de la Loi type. Le représentant de l'Inde accepte le libellé souligné des alinéas *a bis* et c de l'article 42. S'agissant de l'article 45, il est mal conçu : ce ne sont pas tous les fournisseurs ou entrepreneurs participant à la procédure de passation des marchés qu'il faut aviser, mais seulement celui qui fait une réclamation. Au paragraphe 2, seul le fournisseur ou entrepreneur dont les intérêts sont effectivement lésés a le droit de participer à la procédure de recours. Au paragraphe 3, la "copie de la décision du responsable de l'entité adjudicatrice" devrait, selon le représentant de l'Inde, n'être transmise qu'au fournisseur ou entrepreneur qui a présenté la réclamation, et non pas à tous les autres, encore moins être mise à la "disposition du public". Ainsi, le représentant de l'Inde émet des objections sur l'ensemble du texte de l'article 45.

15. Au sujet de l'article 46, la réserve exprimée par la délégation indienne dans une intervention antérieure au sujet du premier paragraphe, sur la suppression de la procédure — critiquable selon elle — en cas de présentation d'une réclamation, vaut aussi pour le second. Par ailleurs, l'"intérêt général" n'a pas à être "certifié". C'est la validité de la décision ministérielle correspondante qui doit être vérifiée. La notion de "considérations urgentes d'intérêt général" n'est pas claire : seul existe en tant que tel l'intérêt général. A la fin du paragraphe, l'inclusion des mots "sauf au stade judiciaire" ne se justifie pas, puisque, en Inde tout au moins, et sans doute aussi dans de nombreux autres pays, les décisions relatives à l'intérêt général ne sont pas de la compétence des instances judiciaires dès lors que la décision a été prise par l'autorité administrative compétente. La disposition devrait donc être modifiée.

16. Le PRÉSIDENT dit que la plupart des délégations approuvent le chapitre V dans son libellé actuel. Il y a une bonne raison pour cela, à savoir que l'Assemblée générale a adopté le projet de Loi type tel quel et l'a recommandé aux États Membres. Il ne serait donc pas approprié que la Commission revienne sur ce qu'elle a elle-même décidé. Il faudrait pour cela que la Sixième Commission se réunisse. Il semble donc au Président que la CNUDCI a achevé l'examen du projet d'amendements à la Loi type. Il y a du reste suffisamment d'explications dans le Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux (A/C.9/393). La Commission va donc bientôt examiner le projet d'amendements à ce guide (A/CN.9/394), amendements qui visent à refléter l'inclusion des marchés de services dans son champ d'application de la Loi type.

17. M. CHATURVEDI (Inde) dit que, lors de la seconde phase du débat, il importera de réfléchir au titre même du projet de Loi type, et surtout à la question de savoir si on y inclura "les services". Plutôt que de modifier le texte de la Loi type, pour inclure "les services", il conviendrait peut-être de le faire au moyen d'un protocole, étant entendu que la Loi type déjà approuvée par l'Assemblée générale pourra toujours être utilisée par les parties.

18. Le PRÉSIDENT dit que la Commission a achevé la première partie du débat sur le sujet puisqu'elle a formulé des suggestions sur le texte du projet de Loi type (A/CN.9/392) à l'intention du Groupe de rédaction. Quand ses membres auront tous les documents, la Commission les examinera en même temps que la question du titre. Pour le Président, le chapitre V doit rester pratiquement tel quel.

19. M. CHATURVEDI (Inde) maintient ses objections qui tiennent au droit interne de l'Inde; on ne saurait donc parler de consensus. Bien que conscient que l'on ne peut modifier le libellé du chapitre V, il tient à ce que ses objections soient consignées.

20. Le PRÉSIDENT indique au représentant de l'Inde que ses objections seront dûment consignées.

Examen de projets d'amendements au Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux (A/CN.9/393 et A/CN.9/394)

21. M. WALLACE (États-Unis d'Amérique) fait une observation relative à la méthode suivie par la Commission : le Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux (A/CN.9/393), qui est un texte à vocation narrative et non pas norma-

tive, ne saurait modifier l'esprit de la Loi type. Il faut donc éviter qu'il y ait des disparités entre les deux textes et s'assurer que les amendements sont bien compatibles avec le texte de la Loi type.

22. Le PRÉSIDENT dit que le Secrétariat a consacré beaucoup de travail à l'établissement du projet d'amendements au Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux (A/CN.9/394), que le document est bien conçu et détaillé, notamment compte tenu de la richesse de la matière.

23. M. WALLACE (États-Unis d'Amérique) souhaiterait qu'au lieu du terme "*commodities*" ("biens") qui renvoie à un objet matériel plutôt qu'"intangible", l'on utilise le mot "*item*", même si celui-ci n'est pas entièrement satisfaisant. S'agissant du libellé du paragraphe 5, qui renvoie à un nouvel article 14 *bis* du Guide, il propose plusieurs corrections tendant à définir avec plus de précision et à mieux distinguer les différentes méthodes de sélection.

24. M. SHIMIZU (Japon) rappelle que sa délégation avait proposé de supprimer la mention "travaux" dès le début de la session, une proposition immédiatement rejetée par les autres délégations. En effet, les techniques modernes de construction comportent de nombreux aspects intellectuels qui les apparentent à des services. Il conviendrait donc de prévoir un traitement similaire pour la passation des marchés de travaux et celle des marchés de services. Ce n'est pas le cas dans l'état actuel du texte. La délégation japonaise espère donc que le Guide comportera une explication sur les moyens d'appliquer le chapitre IV *bis* du projet de loi aux travaux.

25. M. CHATURVEDI (Inde) dit qu'il ne lui paraît pas sage de modifier dès maintenant le Guide, un long texte qui a été élaboré avec soin au cours de deux sessions du Groupe de rédaction et qui est de bonne qualité; les modifications éventuelles pourraient ultérieurement être regroupées dans un additif. C'est à cette occasion que l'on pourra éventuellement modifier le titre du projet.

26. Le PRÉSIDENT rappelle que le texte de la Loi type a déjà été approuvé par l'Assemblée générale et recommandé par elle aux États Membres. Le Guide accompagne ce texte. La Commission examine les projets d'amendements à apporter à ce guide du fait de l'inclusion des "services" dans le champ d'application de la Loi type.

27. M. CHATURVEDI (Inde) dit que le Groupe de travail n'ayant pas reçu pour mandat de modifier le Guide, la délégation de l'Inde se dissocie des débats sur la question qui, en tout état de cause, ne lient pas la Commission.

28. M. HERRMANN (Secrétaire de la Commission) craint que le titre qui a été donné au document A/CN.9/394 par le Secrétariat, sur le même modèle que le document relatif aux amendements à apporter à la Loi type, ne prête à confusion. Les projets d'amendements à la Loi type visent à établir une deuxième loi type, plus complète que la première, portant non seulement sur les biens et les travaux, mais aussi sur les services. Il est prévu d'établir un guide pour chacune des deux lois types et par conséquent il n'est pas question de modifier rétroactivement le Guide déjà publié sous la cote A/CN.9/393 et relatif à la première Loi type.

29. M. CHATURVEDI (Inde) se déclare satisfait de l'explication du Secrétariat et pense qu'il conviendrait de remplacer le titre actuel du document A/CN.9/394 par le titre suivant : "Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services".

30. Le PRÉSIDENT propose de passer à l'examen de la section II du document A/CN.9/394, intitulée "Observations article par article".

Chapitre premier. Dispositions générales

31. M. WALLACE (États-Unis d'Amérique), se référant au point 16, dit qu'il n'est pas certain que le passage cité entre guillemets soit juste car au cours du débat qui avait eu lieu au sein de la Commission, on avait envisagé les cas où, pour une raison ou pour une autre, le prix n'était pas révélé à l'entité adjudicatrice. Par ailleurs, s'agissant de l'article 12, alinéa 3, de la Loi type, les membres de la Commission ont indiqué qu'il convenait peut-être que le montant minimum soit fixé par un règlement plutôt que par la loi. Cette idée, à laquelle faisait allusion, notamment, le représentant de la Thaïlande, devrait sans doute être évoquée dans le commentaire.

La séance est suspendue à 11 h 45; elle est reprise à 12 h 15.

32. M. JAMES (Royaume-Uni) rappelle que la question de la définition des services a été soulevée à plusieurs reprises à la Commission, de même que celle de la distinction entre services techniques et services rendus par des professions libérales. Cette distinction est d'ailleurs toujours présente dans l'article 16, alinéa 3 *a*, de la Loi type. L'Union européenne fait elle-même la distinction entre les services se prêtant à une procédure d'appel d'offres et les autres. Peut-être conviendrait-il de fait figurer dans le Guide, sous la définition des services ou dans la section relative à l'article 16, un ou deux exemples succincts.

33. Par ailleurs, la définition des services ayant été considérablement élargie, jusqu'à inclure des services qui ne sont pas considérés comme tels par tous les États, il conviendrait peut-être de se demander si les méthodes de passation de marchés décrites dans la Loi type devraient s'appliquer, par exemple, à l'acquisition de biens fonciers.

34. M. CHATURVEDI (Inde) signale que si la Commission décide de changer le titre du document A/CN.9/394, il faudra aussi veiller à le modifier dans l'annexe. De plus, le paragraphe 1 *bis* du document donne à penser qu'à sa présente session la Commission a modifié la Loi type sur la passation des marchés de biens et de travaux, alors qu'elle a en fait adopté une Loi type sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services. Le paragraphe devrait être modifié en conséquence.

35. M. WALLACE (États-Unis d'Amérique) note, à propos de l'article 4 du projet de Loi type ("Règlements en matière de passation des marchés"), qu'il conviendrait peut-être de réfléchir davantage à la portée des règlements, dans la mesure où les États pourraient souhaiter pouvoir s'appuyer sur des principes et des procédures préétablis lorsque des conflits d'intérêts risquent de surgir par exemple lorsqu'une entreprise est invitée à participer à la conception d'un projet puis à son exécution.

36. M. Wallace évoque aussi la question des fonctions inhérentes de l'État, que les gouvernements pourraient préférer ne pas confier à des entreprises sous contrat. Cette question devrait aussi être mentionnée dans le Guide parmi celles que les États pourraient envisager d'aborder par le biais des règlements nationaux.

Chapitre II. Méthodes de passation des marchés et conditions d'utilisation de ces méthodes

37. M. WALLACE (États-Unis d'Amérique), évoquant l'observation relative au paragraphe 4 de l'article 16, dit que le verbe "*should*" devrait être remplacé par un verbe plus impératif à la manière du texte de la Loi type qui utilise le verbe "*shall*".

38. M. JAMES (Royaume-Uni) rappelle que le texte proposé est censé remplacer le texte actuel et qu'il importe de ne pas modifier

la teneur du Guide. Il estime que la phrase figurant au paragraphe 18-1 selon laquelle "pour les circonstances exceptionnelles dans lesquelles un appel d'offres pour des biens ou des travaux, même s'il est possible, n'est pas la méthode que l'entité adjudicatrice juge la plus appropriée ...", va un peu plus loin que le Guide et gagnerait sans doute à être légèrement modifiée de manière à cadrer plus rigoureusement avec le libellé du Guide initial.

Chapitre IV bis. *Sollicitation de propositions relatives à des services*

39. M. WALLACE (États-Unis d'Amérique) estime que l'observation figurant au paragraphe 21-2 relatif à l'article 41 *bis* (Sollicitation de propositions), évoque des notions, certes intéressantes, comme celle de "*value threshold*" (valeur minimale), mais qui ne sont pas consacrées par la Loi type; il souhaiterait que le texte cadre aussi rigoureusement avec la Loi type que possible.

40. Quant au paragraphe 2 des observations consacrées à l'article 41 *sexies* (Procédures de sélection), l'idée selon laquelle pour des services où les compétences et les connaissances du fournisseur ou de l'entrepreneur ont une importance cruciale, l'entité adjudicatrice peut souhaiter recourir à l'une des méthodes prévues aux paragraphes 3 et 4, ne paraît pas correspondre à la distinction déterminante entre les paragraphes 2 *b* i, 2 *b* ii et les paragraphes 3 et 4. Tous ces paragraphes doivent être acceptables sur le plan technique et il s'agit en l'occurrence de services qui ne peuvent pas faire l'objet d'appel d'offres. Or, on ne peut pas opérer une telle distinction entre les paragraphes 2, 3 et 4. En outre, le dernier membre de phrase "car elles permettent comme dans l'appel d'offres ..." gagnerait à être élucidé. Par ailleurs, l'obligation énoncée au paragraphe 4 *b* de l'article 41 *sexies* d'informer les fournisseurs dont la proposition n'a pas été retenue devrait sans doute l'être également dans le Guide.

41. Enfin, par souci de cohérence avec la Loi type, il faudrait supprimer la phrase du paragraphe 5 des observations relatives à l'article 41 *sexies* (Procédures de sélection), qui semble déplorer que l'on ne ménage pas à l'entité adjudicatrice la possibilité de rouvrir des négociations avec le fournisseur avec lequel les négociations auraient été interrompues en raison du prix élevé de sa proposition.

42. M. LOBSIGER (Observateur de la Suisse), évoquant la deuxième phrase du paragraphe 1 des observations relatives à l'article 41 *quater* (Critères d'évaluation des propositions), estime qu'il serait bon d'indiquer expressément les dispositions de la Loi type où ces critères sont énumérés à l'exemple de l'article 41 *ter*, par exemple.

43. M. TUVAYANOND (Thaïlande) demande si l'explication concernant le seuil figurerait dans le rapport du Groupe de travail, dans une note de bas de page ou dans le Guide.

44. Le PRÉSIDENT déclare que le Groupe de rédaction est convenu de remplacer le terme "seuil" par l'expression "niveau minimal", encore que la Commission doive se prononcer sur cette décision lorsqu'elle examinera le rapport du Groupe. Il précise par ailleurs que l'explication en question figurera bel et bien dans le Guide.

45. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie) demande à savoir à quel endroit et à quel moment la Commission envisage d'insérer une note dans le Guide pour tenir compte de la note de bas de page arrêtée sur la proposition de la délégation canadienne, à l'effet de préciser qu'il est désormais possible de limiter le nombre des choix qui s'offrent pour l'acquisition de biens et de travaux et d'indiquer par ailleurs dans un paragraphe distinct que, dans la mesure où l'article 41 *bis* est censé prescrire la principale méthode d'acquisition de services, il serait peut-être souhaitable de limiter l'application de l'article 16-3 *b* de manière à reprendre les dispositions des paragraphes 19 ou 20 seulement et non les paragraphes 17 à 20.

46. Le PRÉSIDENT estime que le mieux serait d'insérer cette note dans la référence à l'article 16 dans le Guide et au chapitre premier de la Loi type qui traite des caractéristiques principales de cet instrument. Il conclut que la Commission a achevé l'examen du présent point de son ordre du jour.

La séance est levée à 12 h 55.

Compte rendu analytique de la 531e séance

Mardi 7 juin 1994, à 15 heures

[A/CN.9/SR.531]

Président : M. MORÁN (Espagne)

La séance est ouverte à 15 h 20.

ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL : PROJET DE DIRECTIVES POUR LES CONFÉRENCES PRÉPARATOIRES DANS LE CADRE DES PROCÉDURES ARBITRALES (A/CN.9/396/Add.1)

1. M. SEKOLEC (Service du droit commercial international) rappelle que la question a été inscrite à l'ordre du jour de la Commission à sa vingt-sixième session. On lui avait alors signalé que les normes relatives à l'arbitrage devaient rester souples pour pouvoir s'adapter à chaque espèce, et tenir compte du fait que les tradi-tions juridiques et culturelles des parties et des arbitres sont souvent différentes, surtout lorsqu'il s'agit d'arbitrage international. Cela dit, la souplesse ne doit pas devenir synonyme d'incertitude et d'imprévisibilité. Il fallait donc préparer les directives qui n'auraient pas les conséquences fâcheuses du manque de rigueur.

2. Le paragraphe dont la Commission est saisie (A/CN.9/346/Add.1) vise non pas à modifier, mais à réaffirmer les principes sur lesquels l'arbitrage repose, spécialement la souplesse et la "discrétionnalité". Les divers aspects de la pratique en la matière y seront résumés, sous l'angle surtout de la planification et de la coordination des procédures. Le secrétariat a tenu compte de l'indication de la Commission qui souhaitait des directives pas trop compliquées

ni trop minutieuses, et éviter aussi tout énoncé faisant de l'arbitrage quelque chose qui ressemblerait à un procès judiciaire.

3. Le secrétariat a tenu des consultations sur le projet avec divers experts, qui ont accueilli le texte avec un grand intérêt, en faisant toutefois observer qu'il fallait élargir sa portée de manière à lui faire couvrir par exemple l'organisation des conférences préparatoires en début du procès. La Commission pourrait accueillir cette proposition sans être pour autant obligée de modifier le fond du projet. Peut-être conviendrait-il de modifier le titre, pour en faire "Directives pour la préparation de la procédure arbitrale".

4. M. HERRMANN (Secrétaire de la Commission) indique que lorsque la Commission aura examiné le projet de directives, elle pourra aviser de la conduite à tenir. Elle devra concrètement décider si elle doit approuver les directives à la session en cours ou renvoyer la décision à plus tard. Dans le premier cas, on pourrait tenir compte des résultats du Congrès du Conseil international d'arbitrage commercial, qui se tiendra à Vienne en novembre, où le projet de directives sera examiné à fond. Si la Commission ne prend pas la décision à la session en cours, elle devra aviser si elle la renvoie ou non à un Groupe de travail. Dans l'affirmative, on n'aurait pas à prévoir beaucoup de temps pour son examen à la prochaine session, dont l'ordre du jour est déjà suffisamment chargé, ce qui crée des difficultés pour certaines délégations, notamment celles des petits pays, sans parler des moments où trois groupes de travail tiennent chacun leur session de deux semaines. D'après le secrétariat, il n'est même pas indispensable qu'un groupe de travail examine le projet de directives. Dans tous les cas, s'il n'est pas possible de le parachever à la session en cours, il restera la solution de le renvoyer à un groupe d'experts.

5. M. LEVY (Canada) dit que sa délégation a tenu des consultations sur le projet de directives avec les centres canadiens d'arbitrage commercial international de Vancouver et de Québec, et avec des spécialistes d'arbitrage : les professionnels sont unanimes à louer le travail du Secrétariat.

6. Les conférences préparatoires offrent une excellente occasion pour éviter aux parties les coûts et les retards que suppose un appel. Pour ce qui est de la Loi de l'arbitrage commercial de la Colombie britannique, selon son article 34, les parties peuvent, une fois entamée la procédure, convenir par écrit qu'il n'y aura pas de deuxième instance. Il faut que la législation en vigueur l'autorise, mais il faut de toute manière le mentionner dans les directives.

7. Dans le même ordre d'idée, les conférences préparatoires de l'arbitrage commercial international peuvent offrir aux parties l'occasion de convenir des questions sur lesquelles portent les articles 34 et 36 de la Loi type de la CNUDCI, qui offrent un fondement à une demande d'exclusion ou au refus de reconnaître un jugement arbitral. Ces conventions peuvent rassurer les parties sur le caractère exécutoire du jugement qui sera rendu.

8. Il y a aussi la question de la procédure à suivre quand il y a révélation d'informations confidentielles ou protégées dans les relations entre l'avocat et son client. La divulgation d'informations confidentielles ou protégées est toujours délicate, surtout parce que, dans certaines législations, elles perdent à jamais la nature confidentielle une fois qu'elles ont été divulguées. Il faudrait donc dire dans les directives que les parties peuvent convenir d'une procédure pour éviter cette éventualité.

9. Comme c'est aux parties de fixer les termes de leur différend et que, faute d'accord, c'est l'arbitre qui le fera, une conférence préparatoire peut être dangereuse si elle est conduite par un arbitre manquant d'expérience. Il ne faut pas non plus tenir de conférences préparatoires de cette nature en l'absence d'un arbitre. Enfin il faut vérifier que les directives correspondent aux normes qui s'appliquent réellement quand l'arbitrage a lieu dans des centres d'arbitrage qui ont leur propre règlement.

10. M. Levy pense qu'il faut dresser la liste des questions dont doivent traiter les conférences préparatoires. Il faudrait aussi songer à rédiger une note pour accompagner les directives, dans laquelle on soulignerait les problèmes de procédure que doivent connaître toutes les parties à une procédure d'arbitrage.

11. M. CHOUKRI SBAI (Maroc) dit que le projet de directives est d'une extrême importance, parce qu'il facilite le règlement institutionnel d'un différend, tant sous forme d'arbitrage libre que d'arbitrage réglementé, et qu'il permet de gagner du temps.

12. Le projet de directives vise à réaffirmer le principe fondamental de la procédure arbitrale, c'est-à-dire la recherche de la solution, de la conciliation entre les parties. Pourtant, il aurait fallu parler plus expressément de certaines questions importantes, comme celles de l'arbitrage libre, ou des problèmes qu'engendrent la mort ou la maladie d'un arbitre, ou le changement d'arbitre, domaines dans lesquels les conférences préparatoires peuvent amener à des solutions différentes.

13. M. OLIVENCIA (Espagne) déclare que la Commission doit approcher la question à l'examen sous un nouvel angle. Il ne s'agit plus de formuler les normes à l'intention des législateurs nationaux, il ne s'agit pas d'un règlement ni d'une Loi type, il s'agit d'élaborer un document didactique, de contenu essentiellement explicatif et non dispositif, destiné aux arbitres, aux praticiens de l'arbitrage, aux avocats et aux parties à l'arbitrage elles-mêmes.

14. Le projet contribuera également à la généralisation de l'arbitrage et à l'orientation de l'usager dans le règlement des problèmes que soulèvent les conférences préparatoires. Ces conférences peuvent notamment faire valoir l'avantage principal de la procédure arbitrale : les rapports entre l'arbitre, les parties et les procédures. Le juge a un caractère majestueux et ne descend que pour prononcer sa sentence. Il n'y a pas dans le système judiciaire de contact direct avec les parties, avec les procédures, ni avec l'administration de la preuve.

15. Se référant au titre du document A/CN.9/396/Add.1, M. Olivencia pense qu'il faudrait employer l'expression "guide" au lieu de "directives" et que, dans le texte espagnol, il faudrait dire "*para las reuniones preparatorias*" et non "*para la reunión preparatoria*", car il ne faut pas limiter le nombre de conférences. Il est en effet commode de tenir plusieurs conférences préparatoires, encore que cela dépende de la nature de l'arbitrage ou de la matière à régler. Selon le projet (par.31), "dans des cas exceptionnels", c'est-à-dire dans les cas d'arbitrage très complexes, on pourra tenir plus d'une conférence préparatoire. Pour M. Olivencia, tenir plusieurs conférences n'a rien d'exceptionnel et peut permettre de cerner la matière, d'ébaucher des éléments d'accord, de rapprocher les positions des parties et de circonscrire le différend.

16. La conférence préparatoire qui précède la présentation de la preuve revêt une importance considérable, car elle doit d'abord définir la procédure, et peut être suivie d'autres conférences sur l'administration de la preuve, le calendrier, les moyens de preuve et tous moyens de droit ou de fait sur lesquels les parties s'entendent. L'organisation d'une conférence préparatoire peut épargner du temps, de l'argent et des complications. A propos de ce qu'a dit la délégation canadienne, il faut savoir que le risque ne réside pas dans le fait que les conférences préparatoires peuvent être dirigées par un arbitre manquant d'expérience, mais dans le fait que cet arbitre prononce un jugement.

17. La session en cours doit servir de réunion préparatoire pour l'approbation du texte. M. Olivencia pense qu'il convient de constituer un groupe de travail, de manière à être en mesure d'approuver le texte à la session suivante.

18. M. GILL (Inde) dit que le projet de directives dont la Commission est saisie cherche à faciliter la procédure arbitrale, notamment en arbitrage international, en la rendant plus rapide et moins onéreuse. Le texte regroupe des directives qui visent à réduire les répercussions des différends, à cerner les faits qui ne sont pas contestés, à analyser les aspects qui pourraient faire l'objet d'un accord entre les parties, à préciser les questions à résoudre et à fixer des délais pour que les parties s'acquittent des obligations que leur impose l'arbitrage. Il faut souligner à ce propos qu'on a modifié en 1993 le règlement d'arbitrage du Conseil d'arbitrage de l'Inde, afin d'y insérer certaines dispositions, analogues justement à celles que la CNUDCI est en voie d'examiner. Sont particulièrement intéressants l'article 42 de ce règlement, qui organise la conciliation facultative avant le jugement, et l'article 43, qui régit l'arbitrage accéléré.

19. Enfin, M. Gill pense lui aussi qu'il serait utile de disposer d'une liste des points à l'ordre du jour de la conférence préparatoire, liste qui devra faire l'objet d'un examen minutieux.

20. M. ABASCAL ZAMORA (Mexique) dit que les directives ont une grande valeur éducative et pratique, car elles éclairent des points qui pourraient être douteux pour les parties au moment où elles s'engagent dans la procédure arbitrale.

21. Dans la version espagnole du projet de directives, le tribunal arbitral paraît parfois désigné par le simple mot "tribunal", ce qui pourrait faire penser qu'il s'agit d'un organe juridictionnel ordinaire. D'autre part, le titre parle de conférence préparatoire au singulier, alors que, selon le paragraphe 31, il peut s'en tenir plusieurs, chose qui devrait être évidente dès le début du document. D'autre part, il faut préciser qu'il n'est pas toujours nécessaire de tenir des conférences préparatoires, comme le montre le cas des procédures arbitrales simplifiées. Par conséquent, on pourrait par la suite rédiger un guide pour expliquer comment planifier la procédure d'arbitrage.

22. M. ZHANG Qikun (Chine) dit qu'il suffit de tenir des conférences préparatoires quand il s'agit d'affaires très compliquées, et c'est au tribunal d'arbitrage de décider si elles sont nécessaires. Les conférences préparatoires sont fort utiles car elles permettent de cerner les faits contestés et, ainsi, de gagner du temps et de l'argent. Certains des aspects de l'affaire qui pourraient être abordés au cours de ces conférences d'après les directives pourraient d'ailleurs être examinés aussi par le tribunal d'arbitrage.

23. M. Zhang Qikun considère qu'il faut étudier attentivement les questions que l'on soumet aux conférences préparatoires, pour éviter que les arbitres ne préjugent de l'affaire, il faudrait pour cela remplacer dans le titre le terme "directives" par le terme "guide", puisqu'il s'agit uniquement de recommandations.

La séance est suspendue à 16 h 45 ; elle reprend à 17 h 10.

24. M. FOUCHARD (France) dit que le projet de directives est certes clair et précis, mais que la France s'oppose à ce que l'on pose en principe la tenue systématique de conférences préparatoires. Ces conférences ne sont pas nécessaires dans la majorité des cas soumis à l'arbitrage, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit d'affaires qui peuvent se résoudre facilement, ou lorsque les intérêts en jeu ne sont pas de grande importance. Elles ne sont pas non plus nécessaires quand on prévoit que l'arbitrage sera difficile et compliqué. Dans ce dernier cas, vu l'hostilité qui règne entre les parties, les conférences préparatoires ne servent pas à rapprocher les positions, mais simplement à les durcir encore, ce qui les empêche de faire des concessions.

25. En fait, le projet de directives ne se réfère pas uniquement à l'évolution des conférences préparatoires, mais bien à celle de l'ensemble de la procédure arbitrale. Il faut de ce point de vue signaler que les arbitres se chargent généralement de fixer des délais et d'examiner avec les avocats des parties la question de l'audition de témoins. Pour les grands arbitrages, il est impossible d'obtenir des avocats qu'ils renoncent dès le principe à faire valoir certains moyens, car sinon ils trahiraient la confiance de leurs clients.

26. Le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI est un texte excellent, appliqué depuis 1976 dans tous les contextes imaginables, qui, jusqu'à présent, n'a soulevé aucune difficulté et reste compatible avec tous les systèmes juridiques. Il faut alors se demander pourquoi la Commission voudrait, dix-huit années plus tard, le surcharger et le compliquer en ajoutant des procédures qui n'ont pas encore montré qu'elles étaient indispensables. Le grand avantage de l'arbitrage, c'est sa souplesse, sa rapidité et son économie. On peut craindre que la conférence préparatoire, ou les conférences préparatoires puisqu'il est possible que l'on en tienne plus d'une, sont une charge excessive. Il vaut mieux laisser les arbitres et les parties agir, dans chaque cas, sur la base des règlements, des textes fondamentaux et des lois applicables.

27. Mme VERRALL (Royaume-Uni) dit qu'il est très important de garder à l'esprit que le projet de directives n'est pas un texte normatif ni répressif, et qu'il ne vise ni à modifier les normes en vigueur ni à en imposer de nouvelles. Il s'agit simplement de réaffirmer des principes qui existent déjà, afin d'aider les parties et les arbitres à résoudre certains problèmes avant que ne commence officiellement la procédure.

28. Après avoir félicité le secrétariat de l'excellent travail qu'il a fourni, Mme Verrall déclare qu'elle n'a pas d'objections à ce qu'on élargisse les directives de manière à les faire porter sur d'autres conférences de planification, qu'on les appelle "préalables aux audiences" ou de quelque autre manière, et il suffirait peut-être pour cela de modifier le titre du projet. Elle n'est pas non plus contre l'idée d'attendre la session suivante pour approuver officiellement le texte. En réalité, il faudrait profiter de l'occasion qu'offrira le Congrès du Conseil international de l'arbitrage commercial qui se tiendra en novembre. Cela dit, étant donné que la plupart des questions sont visées et traitées sous le bon angle dans le projet, peut-être ne sera-t-il pas nécessaire de créer un groupe de travail et pourra-t-on se contenter d'examiner rapidement en 1995 les éléments additionnels qui seront issus du Congrès.

29. M. HOLTZMANN (États-Unis d'Amérique) dit que le document élaboré par le secrétariat offre un cadre extrêmement utile aux débats de la Commission et donne des bases solides pour élaborer l'instrument que la Commission devra un jour adopter.

30. Les conférences préparatoires peuvent améliorer sensiblement la pratique de l'arbitrage international. Il est certain que le Règlement arbitral de la CNUDCI est appliqué de façon satisfaisante, et il est vrai qu'il laisse aux arbitres une grande souplesse en matière de procédure. Selon l'article 15 du Règlement, le tribunal d'arbitrage peut mener l'arbitrage de la manière qui lui semble la meilleure, pourvu qu'il traite les parties également et qu'il respecte les autres dispositions du règlement. C'est cette souplesse même qui peut engendrer des surprises, et c'est pourquoi la pratique des conférences préalables aux audiences ne s'est pas généralisée. Ces conférences sont surtout utiles lorsque, comme cela arrive très souvent dans les arbitrages internationaux, deux ou trois systèmes juridiques distincts sont représentés par les parties et les arbitres. Quand toutes ces personnes sont originaires de milieux culturels et de systèmes juridiques différents, les conférences préalables aux audiences peuvent aider à préciser leurs points de vue et à faire l'arbitrage se dérouler sans malentendu. Les États-Unis partagent l'opinion de l'Espagne, du Mexique et de la Chine, et pensent qu'il faudrait prévoir la possibilité de tenir plus d'une conférence préparatoire. Le tribunal d'arbitrage devrait avoir la faculté de déterminer, au vu des circonstances de l'espèce, s'il

souhaite ou non tenir une conférence préalable à l'audience, ou s'il souhaite tenir plus d'une conférence, et de décider aussi où cela se fera. Il devrait pouvoir décider enfin d'informer les parties à l'avance des questions qui seront traitées lors des conférences, ou juger que cela ne sera nécessaire que lorsque les parties seront originaires de systèmes juridiques analogues, de la même région ou du même secteur commercial.

31. Plus tard, les États-Unis proposeront quelques modifications mineures à apporter à la forme de certaines dispositions, pour bien exprimer qu'il s'agit d'un processus souple, qu'il n'est pas obligatoire de tenir des conférences préparatoires, et que l'opportunité et le nombre de ces conférences sont laissés à la discrétion du tribunal d'arbitrage, eu égard aux circonstances de l'espèce et des observations formulées par les parties. Le texte devrait également bien préciser que l'accord des deux parties n'est pas nécessaire pour les procédures dont l'ouverture relève de la compétence des arbitres, sous réserve seulement des règles dont les parties pourraient être convenues, du droit applicable ou des règles de procédure qui régissent l'arbitrage.

32. La présentation adoptée par le Secrétariat est utile. D'abord, on établit l'ordre du jour, que M. Holtzmann préfère appeler "liste", puis viennent les observations. Celles-ci doivent être explicatives, et se limiter au strict nécessaire. Il conviendrait pour cela de supprimer les indications qui figurent entre crochets pour que le texte soit aussi simple et facile à utiliser que possible. Il faudrait également éliminer toute une série de considérations qui pourraient être polémiques, et sur lesquelles l'opinion mondiale n'est pas unanime. Les éclaircissements présentés entre crochets sont certainement très intéressants, et il serait regrettable qu'ils disparaissent, mais il faudra peut-être y revenir plus tard. La Commission pourrait également envisager de rédiger une série de directives en matière de preuve, ou sur divers problèmes éthiques qui se présentent parfois en arbitrage et que ne font qu'évoquer superficiellement certains passages entre crochets.

33. Pour ce qui est des observations formulées par la délégation canadienne, la délégation américaine juge fort intéressante l'idée d'un petit guide. Il faudrait qu'il soit bref — trois ou quatre pages — et comprenne uniquement la liste dite "Ordre du jour" dans le projet.

34. Enfin, il faut espérer que la CNUDCI pourra achever ses travaux sur cette question à sa session de 1995.

35. M. HUNTER (Observateur du Conseil international d'arbitrage commercial) dit que le texte établi par le secrétariat est un très bon début et que les milieux de l'arbitrage y attacheront certainement une très grande importance. En outre, il offre à la Commission la possibilité d'influer véritablement sur l'harmonisation des procédures d'arbitrage. On a constaté à la conférence tenue récemment à Budapest sous les auspices du Tribunal international d'arbitrage de Londres, un fort mouvement d'opinion indiquant que le projet avait une portée beaucoup plus large que ne l'indiquait un titre relativement modeste, et pas seulement à propos des conférences préparatoires, mais aussi en ce qui concerne en général la procédure d'arbitrage. On est alors arrivé à la conclusion qu'il valait mieux que le titre du projet fasse droit à cette ampleur, et que le texte ne devait pas être simplement centré sur les conférences préparatoires, mais être plutôt axé sur un problème plus général, comme la planification des conseils d'arbitrage. Pour les mêmes raisons, M. Hunter partage l'opinion de ceux qui considèrent que le terme "guide" serait plus approprié que "directives". A son avis, il faudrait laisser le projet inachevé jusque après le Congrès du Conseil international de l'arbitrage commercial, qui doit se tenir à Vienne. Non seulement la Commission aura le bénéfice des observations formulées de l'extérieur, mais encore les milieux de l'arbitrage pourront considérer qu'ils ont eu l'occasion d'apporter leur contribution aux travaux de la Commission.

36. Le Canada a dit qu'il fallait que le projet soit plus concret, et M. Hunter en est d'accord, mais il faut faire preuve de prudence, car, dans le domaine de l'arbitrage, il n'y a pas une seule façon de bien faire les choses, plusieurs voies peuvent mener au même résultat. Si l'on cherche des formulations trop précises, on court le risque de donner au document un caractère excessivement impératif.

37. On a dit que les conférences préparatoires pouvaient être l'occasion d'examiner au fond l'affaire en litige, mais il faut alors prendre bien garde, lorsqu'on procède à un débat sur des questions de fond, par opposition à ce qui relève des procédures, à ce que les garanties de la justice et autres considérations propres aux audiences entrent alors en jeu.

38. M. DUCHEK (Autriche) souligne l'excellent travail qu'a réalisé le secrétariat et dit qu'au moment de rédiger la version définitive, il faudra se rappeler que la majorité des propositions qui y figurent seraient des solutions idéales si la question à l'examen existait dans le vide, sans rapport avec les règles de procédure nationales, ce qui n'est évidemment pas le cas. Le projet ne semble pas tenir suffisamment compte de cet aspect. Il arrive souvent que dans la convention d'arbitrage ou lors de la première audience du tribunal, les parties conviennent que la procédure doit être réglée par le régime de certains pays. L'une des raisons du procédé est peut-être que, selon le régime juridique de certains pays, la nature du droit applicable peut être déterminante quant à la juridiction qui pourrait être compétente pour priver d'effet le jugement d'arbitrage définitif. Quand les parties se seront entendues sur les règles de procédure applicable, il faut se demander quels rapports existent entre cette entente et certaines des dispositions mentionnées dans les directives, celles par exemple qui concernent l'administration de la preuve, question que réglemente en général le droit de chaque pays. Il pourrait y avoir disparité entre l'entente conclue entre les parties pour appliquer les règles de procédure d'un pays donné, et les procédures établies par les directives d'arbitrage, avec des conséquences inattendues. Il faudrait donc parler des rapports avec les procédures nationales, car l'objectif est de simplifier et d'assouplir le système.

39. M. GOH (Singapour) dit que les conférences préparatoires sont utiles car elles permettent d'écourter la procédure et d'en réduire le coût. Les directives devraient bien indiquer qu'elles ne sont pas obligatoires. Le Canada a raison de proposer de dresser une liste pour aider le tribunal à déterminer les questions dont il sera débattu au cours de ces conférences. Singapour est d'autre part d'avis que la Commission doit approuver les directives à la session en cours, ou à la session suivante, sans les renvoyer au Groupe de travail.

40. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie) croit aussi que les directives doivent être aussi simples et concises que possible, et de plus faciles à appliquer. C'est pourquoi il faudra à son avis élaborer un guide de l'usager. Il faudrait d'autre part que les directives et le guide envisagent l'éventualité que les parties demandent à l'arbitre, avant d'ouvrir la procédure d'arbitrage, de dire si le différend peut être résolu par la voie de la médiation ou de la conciliation, qui sont des recours courants. En Australie, par exemple, on a pu démontrer que 90 % des affaires peuvent être résolues avec l'intervention officieuse d'un juge. Tout donne à penser que pour la majorité des affaires, sauf celles dans lesquelles l'arbitre doit examiner personnellement des marchandises pour déterminer si elles répondent aux stipulations d'un contrat, il y aura effectivement des conférences préparatoires, et c'est bien ce qui fait l'utilité du projet à l'examen.

41. M. Griffith pense qu'il doit être possible de mettre la dernière main au projet de directives à la session prochaine de la Commission, sans avoir à le renvoyer à un groupe de travail. Il partage donc l'opinion de M. Hunter, qui pense que le Secrétariat

devra tenir compte des délibérations du Congrès du Conseil international de l'arbitrage commercial, où il sera vraisemblablement représenté par un observateur.

42. Le PRÉSIDENT invite la Commission à aborder l'examen du projet de directives. S'il n'y a pas d'objections, il considérera qu'elle souscrit à la proposition tendant à prévoir en manière d'introduction un bref rappel de la genèse des directives assorti d'une résolution que la Commission approuvera lorsqu'elle aura achevé le texte.

43. *Il en est ainsi décidé.*

44. M. HOLTZMANN (États-Unis d'Amérique) constate que le paragraphe 2 de la section A se réfère à deux types de limitation du principe de la liberté et de la souplesse. Il faudrait à son avis ajouter à cet article, comme aux autres articles pertinents, une troisième limitation, celle des conventions que les parties peuvent conclure. Ces conventions figurent en général dans les règles d'arbitrage où il est question du droit applicable, et même dans des accords d'arbitrage où il n'en est pas question. D'autre part, M. Holtzmann propose de supprimer le membre de phrase "de conduire l'affaire traitée conformément au style de procédure qui a la préférence des parties et des arbitres", au paragraphe 3 de la section A, et ailleurs dans le projet, car elle laisse entendre qu'il doit y avoir accord entre les parties et l'arbitre, ce qui n'est pas conforme à beaucoup de règlements d'arbitrage, dont celui de la CNUDCI (art. 15). Ces règles donnent à l'arbitre la faculté de déterminer en toute liberté les règles d'arbitrage, sans autres limites que celles qu'imposent les conventions conclues par les parties et les règles sur lesquelles elles se sont entendues. Quoi qu'il en soit, il faudrait indiquer clairement dans le projet que l'accord des deux parties n'est pas nécessaire pour déterminer les règles de procédure.

La séance est levée à 18 h 5.

Compte rendu analytique de la 532e séance

Mercredi 8 juin 1994, à 10 heures

[A/CN.9/SR.532]

Président : M. MORÁN (Espagne)

La séance est ouverte à 10 h 20.

ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL : PROJET DE DIRECTIVES POUR LES CONFÉRENCES PRÉPARATOIRES DANS LE CADRE DES PROCÉDURES ARBITRALES *(suite)* (A/CN.9/396/Add.1)

1. M. ABASCAL ZAMORA (Mexique), se référant au paragraphe 6 de l'introduction du projet de directives pour les conférences préparatoires dans le cadre des procédures arbitrales (A/CN.9/396/Add.1), dit que la conférence préparatoire n'est pas nécessairement unique et qu'il est concevable que plusieurs conférences soient convoquées successivement. Il conviendrait donc de modifier en conséquence le paragraphe 6, ainsi éventuellement que le paragraphe 31.

2. M. OLIVENCIA (Espagne) dit, au sujet de la rédaction des paragraphes 1 et 2 du chapitre A, que l'intention des rédacteurs est correcte, mais qu'on a l'impression qu'il est établi une primauté du compromis d'arbitrage convenu entre les parties par rapport à la loi nationale applicable à l'arbitrage. Or, c'est bien entendu la loi nationale relative à la procédure d'arbitrage, un élément du droit positif, qui doit l'emporter sur le compromis d'arbitrage, purement contractuel, en cas de conflit. Il serait peut-être utile de le préciser dans le texte. S'agissant du paragraphe 6, le représentant de l'Espagne fait sienne la remarque du représentant du Mexique. Quant à la matière examinée par la ou les conférences préparatoires, il pourrait être périlleux de parler des questions de fond, car c'est au tribunal arbitral à se prononcer sur ces questions. C'est pourquoi le libellé du paragraphe 33 est quelque peu ambigu. Quant au paragraphe 6, c'est au tribunal arbitral qu'il appartient d'apprécier l'opportunité de convoquer une conférence préparatoire à l'arbitrage en fonction de la nature de l'affaire; une conférence préparatoire n'est pas toujours indispensable et, comme l'ont déjà fait observer les représentants de la Chine et de la France, cette pratique ne doit pas être généralisée.

3. M. LOBSIGER (Observateur de la Suisse) dit que l'Administration qu'il représente se félicite d'autant plus de la qualité des documents préparés par le Secrétariat que Zurich et Genève sont deux villes où l'on trouve de nombreux tribunaux d'arbitrage, et que la Suisse s'intéresse donc de très près à la question. La "liste de contrôle annotée" (A/CN.9/396/Add.1, chap. III) peut être très utile à tous les stades d'une procédure d'arbitrage, même à une phase assez avancée de celle-ci. La question de savoir si la conférence préparatoire peut se limiter à des questions de forme ou d'organisation des débats est un problème concret bien réel : comment empêcher les parties d'aborder les questions de fond, notamment si elles sont présentes en personne à la conférence préparatoire? Il peut en outre, comme on l'a déjà dit, exister des risques de conflit entre la procédure arbitrale et le droit national.

4. M. HERRMANN (Secrétaire de la Commission) indique que la Suisse a apporté une contribution éminente à l'élaboration des documents puisqu'un spécialiste suisse de l'arbitrage y a participé.

5. Mme VERRALL (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord) demande un éclaircissement sur l'exposé du représentant de l'Espagne : Doit-on ou non encourager la convocation de conférences préparatoires à l'arbitrage?

6. M. OLIVENCIA (Espagne) dit que la conférence préparatoire ne saurait en aucun cas être une obligation. Il peut être utile pour les parties de tenir une conférence préparatoire, mais il ne faut pas encourager ni généraliser cette pratique : il appartient au tribunal arbitral d'apprécier son opportunité et son utilité dans chaque affaire.

7. M. WHANG Dianguo (Chine) estime que ce n'est pas au paragraphe 4 du projet de directives que l'on doit aborder la question de la planification de la procédure par le tribunal arbitral. En

effet, les conférences préparatoires doivent aboutir à une entente harmonieuse entre les parties, les avocats et les membres du tribunal, et si cette procédure n'est pas bien planifiée, les conséquences ne pourront être que négatives. Faute d'une planification adéquate, la procédure arbitrale n'a guère de chances de donner les résultats escomptés.

8. M. CHATURVEDI (Inde) estime que le document A/CN.9/396/Add.1 devrait attirer l'attention des parties comme de l'arbitre sur certaines questions de fond qu'il est essentiel d'aborder à titre préliminaire pour régler un différend par une procédure d'arbitrage. Il vaudrait d'ailleurs mieux parler de "réunions préparatoires", le mot "conférence" donnant l'impression d'une réunion rassemblant de nombreux participants. Comme l'a indiqué l'observateur de la Suisse, la liste de contrôle du chapitre III attirera l'attention sur les questions fondamentales et indiquera à quel moment elles doivent être examinées.

9. M. SEKOLEC (Service du droit commercial international du Bureau des affaires juridiques) dit que l'on a choisi l'expression "conférences préparatoires" plutôt que "réunions préparatoires" parce que l'on a estimé que le mot "réunion" évoquait l'idée d'une rencontre physique, les parties et les arbitres se rendant en personne dans un lieu de réunion. Or, il est indiqué dans le projet de directives que ces consultations peuvent aussi avoir lieu par les télécommunications, une idée que le mot "réunion" ne semble pas pouvoir rendre.

10. M. CHATURVEDI (Inde) dit que le mot "conférence" n'exclut pas le recours aux télécommunications et possède exactement la même connotation que le mot "réunion", à savoir "rencontre physique".

11. M. CHOUKRI SBAI (Maroc) dit que, comme l'indique son intitulé, le document examiné est un projet de directives. Or, des directives ne peuvent être obligatoires ni contraignantes. Le recours à une conférence préparatoire ne peut l'être non plus, et c'est pourquoi M. Choukri Sbai juge ce document très utile et l'approuve totalement. En effet, il pourra être appliqué non seulement dans les procédures arbitrales internationales mais aussi dans les arbitrages nationaux. Ainsi, le Maroc a inscrit l'arbitrage dans sa législation et l'applique non seulement dans le domaine commercial mais aussi en matière civile. Des conférences ou réunions préparatoires sont très utiles. Le domaine de l'arbitrage est en effet différent du domaine judiciaire. Dans un procès, les juristes ou avocats essaient de convaincre non seulement les juges mais aussi leurs clients de leurs propres capacités et compétences professionnelles. Ils ont en quelque sorte quelque chose à vendre. L'arbitrage est par contre une procédure secrète et confidentielle où l'on peut mieux exprimer ses idées et éviter toute tension. En outre, le recours à l'arbitrage est totalement libre. Certes, la délégation marocaine a quelques réserves sur certains aspects du document à l'examen, mais elle n'est pas aussi pessimiste que la délégation française et appuie pleinement l'ensemble des directives qu'il contient. Ce document permet en effet d'aider les parties sans leur imposer aucune solution ni aucune procédure.

12. M. TUVAYANOND (Thaïlande) dit que sa délégation apprécie énormément le travail qu'a accompli le Secrétariat en établissant ces directives très utiles. Le principe des conférences préparatoires se justifie mais il ne devrait pas revêtir un caractère obligatoire. Une conférence ne doit être convoquée que lorsqu'elle est nécessaire et que les avantages que l'on peut en tirer en justifient le coût et la durée. Au mot "conférence", la délégation thaïlandaise préfère d'ailleurs celui de "consultations", qui peut très bien s'appliquer aux communications par courrier électronique. Il est dit au paragraphe 20 du projet de directives qu'une conférence préparatoire est normalement convoquée à l'initiative du tribunal arbitral ou de l'arbitre-président. Pour la délégation thaïlandaise, l'arbitre ne peut convoquer une conférence ou une réunion sans une bonne raison, et il ne le fera pas si les parties ne pensent pas qu'une telle réunion sera utile. On ne voit pas comment une conférence pourrait être convoquée en passant outre aux réserves ou objections des parties. La procédure arbitrale est fondée sur la faculté qu'ont les partie de convenir des règles de la procédure ou même de confier aux arbitres le soin de déterminer ces règles. En d'autres termes, les parties sont souveraines; elles ont la prérogative de décider de la procédure à suivre et peuvent même autoriser les arbitres à juger en équité et pas seulement selon les préceptes du droit. C'est au cours de consultations préparatoires ou préalables que les deux parties pourraient utilement chercher à lever leurs réserves et objections et donner les éclaircissements nécessaires au tribunal arbitral ou à l'arbitre-président.

13. M. HOLTZMANN (États-Unis d'Amérique) dit que, eu égard aux observations de M. Sekolec, sa délégation appuie le choix du mot "conférence" dans le projet présenté par le Secrétariat. Pour elle, ce mot évoque aussi la possibilité de négociations et de compromis. Les points de l'ordre du jour proposés au chapitre III contiennent souvent les expressions "chercher à savoir si les parties" ou "prendre en considération les vues des parties". Le mot "conférence" est préférable à celui de "consultations" parce que ce dernier terme pourrait conduire à la conclusion, qu'a d'ailleurs tirée le représentant de la Thaïlande, que les deux parties doivent consentir à la tenue d'une réunion et aux arrangements de procédure qui en résulteraient. De telles conférences devraient pouvoir être tenues si le tribunal le souhaite et ne devraient pas pouvoir être empêchées par une partie qui aurait intérêt à perturber le processus et à recourir à des manœuvres dilatoires, comme cela arrive souvent dans une procédure arbitrale. Il est clair que les deux parties pourraient avoir la faculté d'empêcher un tribunal arbitral de tenir une audience. L'article 15 du règlement d'arbitrage de la CNUDCI prévoit que le tribunal arbitral peut procéder à l'arbitrage comme il le juge approprié, ce qui semble indiquer que les parties ne peuvent pas empêcher la tenue d'une audience préalable à une conférence préparatoire. D'un autre côté, il faut reconnaître que l'article 1 du règlement de la CNUDCI préserve le droit des parties de modifier ces règles pour empêcher les arbitres de tenir une conférence préparatoire. Ce n'est qu'ainsi que les parties pourraient interdire la tenue d'une conférence, mais il s'agirait d'une situation exceptionnelle dont il n'est pas besoin de traiter dans le commentaire.

14. M. SHIMIZU (Japon) se joint aux représentants qui ont remercié le Secrétariat de son excellent travail. Il souhaite avoir des éclaircissements sur l'emploi des expressions "*procedural law*" (dispositions de procédure) à la fin du paragraphe 2 et "*law applicable to the arbitration*" (loi applicable à l'arbitrage) au paragraphe 18 du projet de directives. Il demande si cette différence de vocabulaire est délibérée et, dans l'affirmative, quelle en est la signification.

15. M. HERRMANN (Secrétaire de la CNUDCI) dit que, dans l'esprit du Secrétariat, ces deux expressions ne recouvrent pas des notions différentes. L'expression "*procedural law*" ne doit pas être confondue avec l'expression "*law on procedure*", les règles de procédure applicables aux débats judiciaires ou aux procès, c'est-à-dire le code de procédure civile. Certains représentants ont évoqué la possibilité que l'expression "loi applicable à l'arbitrage" englobe aussi des questions de fond. C'est à tort qu'elle serait interprétée comme désignant la loi applicable au fond du litige faisant l'objet de l'arbitrage. En fait, l'intention est de se référer dans tout le texte du projet de directives à la procédure qui régit l'arbitrage, notion qui pourrait être rendue, par exemple, par une expression comme "*arbitration law*" (droit de l'arbitrage).

16. M. FOUCHARD (France) s'associe à nombre des observations présentées par les délégations espagnole, chinoise et thaïlandaise. Il note avec satisfaction que, dans l'esprit du Secrétariat, le terme de conférence englobe les hypothèses dans lesquelles il

n'y aurait pas de réunion physique. Il est clair que des consultations par voie de télécommunications sont non seulement toujours possibles, mais inévitables. On ne conçoit pas qu'un tribunal arbitral puisse conduire une procédure sans communiquer avec les avocats des parties sur son organisation. Si l'on pouvait s'en tenir à l'expression "consultations", il n'y aurait plus de débat et l'on aurait simplement qu'à rédiger un guide ou une espèce de mode d'emploi pratique, comme l'a dit le représentant des États-Unis, qui comporterait peut-être la "liste de contrôle" des questions que le tribunal doit examiner. Ce n'est malheureusement pas le cas, et il existe encore une forte tendance sinon à imposer, du moins à suggérer fortement la tenue, au début de la procédure, de conférences ou réunions physiques.

17. S'agissant du débat sur la partie A du chapitre premier du projet de directives, on peut se demander, comme l'a fait remarquer le représentant de la Thaïlande, ce qui se passerait si une partie refusait de participer immédiatement à une conférence. Le représentant des États-Unis a dit que le tribunal arbitral pourrait passer outre, puisqu'il a le pouvoir de le faire en général aux termes du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Une telle attitude ne serait certainement guère souhaitable. Il est possible en effet que le refus de participer à une conférence préliminaire en début de procédure soit justifié par la crainte de devoir immédiatement "dévoiler ses batteries" alors que l'on ne connaît encore ni le dossier ni la position de l'adversaire, ou simplement par le désir de se ménager un temps de réflexion. La conférence aurait néanmoins lieu par défaut. On cristalliserait ainsi la position des deux parties — généralement celle du défendeur — dans une attitude de refus qui risquerait d'empêcher toute coopération par la suite. Il y a là une grave difficulté, et même si l'opinion du représentant des États-Unis se justifie en droit, elle peut être dangereuse dans les faits.

18. S'agissant de savoir si ces conférences préliminaires sont chose courante, le paragraphe 8 indique qu'elles seraient plus fréquentes lorsque les parties font preuve d'une large initiative en matière de procédure. Il est clair qu'on a voulu viser les procédures qui s'inspirent de la *common law* et de l'administration de la preuve en *common law*, plus spécialement de la procédure de "*discovery*" qui impose souvent devant les juridictions étatiques des méthodes de "*pre-trial discovery*" qui ont certes leurs mérites, mais sont lourdes et complexes. Il ne s'agit pas de critiquer ces procédures, mais simplement de dire qu'il est peut-être dangereux de vouloir les généraliser ou les étendre à l'arbitrage international. Il importe de faire observer que deux grands règlements de deux grandes institutions d'arbitrage, l'Association américaine d'arbitrage, dans ses règles s'appliquant à l'arbitrage international, et la London Court of International Arbitration, dans ses règles internationales également, se sont bien gardées d'imposer des conférences préliminaires ou une discussion préliminaire sur les preuves et l'obligation de les produire. Ceci pour ne pas écarter les parties qui viennent d'une autre culture juridique. Il est dit dans le document à l'examen que le but de la CNUDCI est d'harmoniser. On peut se demander s'il est vraiment opportun d'imposer à des praticiens de l'arbitrage originaires d'Europe, d'Afrique, d'Amérique latine et d'un grand nombre de pays d'Asie, c'est-à-dire représentant la culture d'un grand nombre de pays de droit civil, le débat sur les preuves qui est au cœur de la liste de contrôle des questions pouvant être examinées lors d'une conférence préparatoire figurant au chapitre III. Un tel débat sur les preuves n'existe pas dans la pratique européenne et l'on peut craindre qu'en voulant, sous prétexte d'harmoniser, imposer une solution qui n'est pas celle du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI ni celle des règlements américain et britannique en matière internationale, l'on crée au contraire de grandes difficultés. L'article 15 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI donne au tribunal arbitral le pouvoir d'administrer la procédure. Son article 25 dit qu'il est maître des moyens de preuve et de leur admissibilité. En introduisant avec ces conférences préliminaires un débat et des arrangements initiaux — voire des querelles initiales — sur la preuve, on va à l'encontre de cette volonté d'harmonisation.

19. M. GOH (Singapour) s'associe au représentant des États-Unis pour préférer le mot "conférence" à celui de "réunion". Il dit que plusieurs arbitrages internationaux ont été rendus à Singapour ces dernières années et que l'on a pu constater qu'il n'était pas rare que le défendeur fasse tout pour retarder le plus possible l'issue de la procédure.

20. M. ABASCAL ZAMORA (Mexique) fait observer que dans la version espagnole du document A/CN.9/396/Add.1, le mot anglais "*conference*" devrait être rendu par "*conferencia*" et non "*reunión*". Il souligne qu'il importe d'attirer l'attention sur le fait que les arbitres peuvent communiquer à distance et qu'il n'est pas indispensable qu'ils se réunissent. M. Abascal Zamora rappelle que les directives stipulent clairement que les conférences préliminaires doivent respecter le règlement d'arbitrage convenu entre les parties, ainsi que les lois applicables à l'arbitrage et la volonté des parties. Les parties peuvent s'opposer à la tenue d'une conférence préparatoire, mais ce sont les arbitres qui décident en dernier ressort, en veillant, conformément à l'article 15 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, à ce que les parties soient traitées sur un pied d'égalité et aient toute possibilité de faire valoir leurs droits et de proposer leurs moyens.

21. M. TUVAYANOND (Thaïlande) dit qu'une fois le compromis établi, il faut empêcher les manœuvres dilatoires. Toutefois, en prenant une décision par défaut, on imposerait à une partie le point de vue de l'autre et on modifierait unilatéralement le règlement d'arbitrage, en violation du droit international. Par ailleurs, que les conférences préparatoires doivent porter exclusivement sur les questions de procédure et, compte tenu de leur coût, trop lourd pour les pays les plus pauvres, et de la perte de temps qu'elles risquent d'entraîner, elles ne doivent avoir lieu que si elles sont réellement justifiées. Si une conférence a lieu, le refus d'y participer devrait être considéré comme une preuve de mauvaise foi, afin de décourager les manœuvres dilatoires.

22. M. AL-NASSER (Arabie saoudite) dit que l'unique souci des auteurs du projet de directives est d'améliorer la procédure d'arbitrage et de la rendre plus efficace. Or, les conférences préparatoires sont à leurs yeux indispensables. Il note que ces conférences, qui visent uniquement à clarifier la procédure, sont pratique courante en Arabie saoudite et dans les litiges internationaux auxquels l'Arabie saoudite est directement ou indirectement partie. D'ailleurs, les parties seraient toujours libres d'accepter ou de refuser une conférence préparatoire. Quant au terme qu'on emploiera pour les désigner, il s'agit d'une question secondaire.

La séance est suspendue à 11 h 40; elle est reprise à 12 h 15.

23. M. CHATURVEDI (Inde), revenant sur la question soulevée par le Japon à propos des expressions employées dans la dernière phrase du paragraphe 2 et dans le paragraphe 18, dit que le texte serait plus clair si au paragraphe 2 on remplaçait l'expression "*procedural law*" (dispositions de procédure) par "*procedural rules*" (règles de procédure). M. Chaturvedi se demande par ailleurs s'il n'y a pas une contradiction entre le paragraphe 3 et le premier point du paragraphe 2.

24. M. CHOUKRI SBAI (Maroc) fait observer que, dans son pays, les termes de "réunion" et de "session" supposent la présence des parties et que le terme "conférence" s'emploie pour des rassemblements culturels, politiques ou scientifiques. Le mieux serait donc d'utiliser le mot "délibération". Ce terme s'appliquerait bien aux communications à distance, qui permettent d'ailleurs d'économiser du temps et de l'argent.

25. A la question de savoir ce qu'il convient de faire lorsqu'une partie s'oppose à la tenue d'une conférence préparatoire, le para-

graphe 21 apporte une réponse satisfaisante. Toutefois, il est suggéré dans le paragraphe qui suit qu'une conférence préparatoire pourrait avoir lieu malgré les objections d'une partie, ce qui est contraire aux règles de l'arbitrage. Il faudrait préciser, à la fin du paragraphe 22, qu'une conférence préparatoire peut avoir lieu malgré les réserves ou l'opposition d'une partie, à condition qu'elle ne porte pas atteinte aux intérêts de cette partie, qu'elle ne touche pas aux questions de fond et qu'elle respecte la procédure ou le compromis convenu par les parties. En tout état de cause, cette question mérite d'être approfondie.

26. M. TUVAYANOND (Thaïlande) estime que les conférences préparatoires ne doivent être organisées que dans des cas exceptionnels et lorsqu'elles sont réellement utiles, c'est-à-dire indispensables au bon déroulement de la procédure d'arbitrage. Les questions de fond ne doivent pas y être abordées, et surtout pas en l'absence d'une partie, car les conférences préparatoires ne donnent pas aux parties toute possibilité de faire valoir leurs moyens. On peut toutefois envisager qu'une décision soit prise sur le fond, avec l'accord de toutes les parties. En outre, si les parties s'entendent sur un point quelconque, il convient d'en faire mention dans le document.

27. M. HUNTER (Observateur du Conseil international pour l'arbitrage commercial) partage l'avis du représentant de la France : pour l'essentiel, les règlements d'arbitrage en usage sur le plan international ne prévoient pas expressément la tenue de conférences préparatoires. Néanmoins, on a très souvent recours à ce type de conférences à l'occasion de procédures d'arbitrage conduites sous l'empire des règlements d'arbitrage du Conseil du commerce international, de la London Court of International Arbitration, de la CNUDCI ou de l'American Arbitration Association, et ce, que le tribunal ou son président se réclament du système de la *common law* ou du droit romain.

28. Quant aux craintes exprimées par certaines délégations de voir ces conférences occasionner un surcroît de dépenses, elles sont injustifiées car l'objet de ces conférences est précisément de permettre de faire l'économie de certains des frais encourus à l'occasion de toute procédure d'arbitrage. Bien entendu, il appartient à toutes les parties à la procédure d'en contrôler étroitement les frais et de s'abstenir de tenir une conférence si les coûts ne le justifient pas. Au demeurant, l'expérience a démontré que la plupart des procédures d'arbitrage à l'occasion desquelles une conférence a été soigneusement et efficacement préparée ont permis de réaliser des économies.

29. M. LEVY (Canada), évoquant l'idée de conférence préparatoire au regard du compromis d'arbitrage, fait observer que l'arbitrage résulte généralement des dispositions d'une convention de type commercial entre les parties, qui se borne souvent à stipuler que tout différend sera réglé par l'arbitrage, sans arrêter une procédure quelconque, encore moins prévoir une conférence préparatoire. Il est dès lors dangereux de procéder comme si dans tous les cas les parties établissaient un compromis réglant les questions de toutes sortes et rendant peut-être inutile une conférence préparatoire. Il faudrait donc préciser que dans certains cas, lorsque les parties ont recours à l'arbitrage, elles le font uniquement sur la base d'une disposition contractuelle prescrivant la soumission de tout litige à l'arbitrage. Ces hypothèses militent donc en faveur de la tenue de conférences préparatoires.

30. M. TUVAYANOND (Thaïlande) réitère qu'il existe dans la pratique des cas où le compromis d'arbitrage est muet sur cette procédure, et où l'on est ainsi conduit à recourir à des conférences préparatoires sous l'égide d'un tribunal arbitral. Encore faudra-t-il souvent établir qu'une conférence de ce type est indispensable. A défaut, on irait à l'encontre du but recherché par le recours à l'arbitrage, à savoir accélérer la recherche d'une solution au différend, en occasionnant un surcroît de travail et de dépenses.

31. Mme VERRALL (Royaume-Uni) souscrit aux remarques de l'Observateur du Conseil international pour l'arbitrage commercial et fait observer qu'au contraire les conférences préparatoires ont pour objet d'accélérer la procédure d'arbitrage et de permettre des économies. En conséquence, elle considère comme dénuée de sens l'exigence formulée par la délégation thaïlandaise.

32. M. SEKOLEC (Service du droit commercial international du Bureau des affaires juridiques) s'étonne que le projet de directives actuel ait pu donner l'impression fausse que les conférences préparatoires sont la seule ou la meilleure formule à suivre pour régler les questions de procédure à l'occasion d'un arbitrage; en effet, le texte indique qu'il existe d'autres options (consultations entre les seuls arbitres, absence pure et simple de rencontres entre les parties lorsque, par exemple, celles-ci se sont entendues sur la marche à suivre et les questions à poser au tribunal arbitral, etc.). Sans doute, comme toute activité humaine, l'arbitrage gagne-t-il à être bien préparé, et une conférence préparatoire peut être le mécanisme le mieux structuré à cette fin et, partant, souhaitable; mais elle n'est qu'une modalité parmi d'autres de préparation de la procédure. Au surplus, on pourrait résoudre les problèmes d'ordre terminologique et utiliser par exemple l'expression "réunion préparatoire" pour désigner toute réunion à laquelle les parties participent en personne et les expressions "conférence préparatoire" ou "consultations préparatoires" comme formule générique.

33. M. CHOUKRI SBAI (Maroc) suggère d'utiliser, par souci d'uniformité, l'expression "délibérations préparatoires" pour englober aussi bien les réunions auxquelles les parties sont physiquement présentes que les consultations, communications et télécommunications; on éviterait ainsi de parler de rencontres ou de consultations.

34. M. HOLTZMANN (États-Unis d'Amérique) fait observer que le terme "délibérations" a un sens très précis, notamment en matière d'arbitrage international. En effet, il renvoie aux discussions que les arbitres tiennent entre eux en vue de parvenir à une décision et ne saurait dès lors convenir s'agissant de conférences préparatoires.

35. M. OLIVENCIA (Espagne) suggère d'examiner les propositions formulées par le Secrétariat aux paragraphes 10 et 11 du projet en ce qui concerne l'expression "conférence préparatoire".

36. M. ABASCAL ZAMORA (Mexique) estime qu'outre les différentes expressions utilisées, il serait peut-être bon de définir la notion de "conférence préparatoire" pour préciser qu'il s'agit là d'une réunion pouvant se tenir après la constitution d'un tribunal arbitral et qui vise à préparer la procédure d'arbitrage.

37. M. OLIVENCIA (Espagne) partage l'avis du représentant du Mexique. Il suggère par ailleurs d'aligner la version espagnole qui utilise le terme "réunion préparatoire" sur les versions anglaise et française qui parlent de "conférence préparatoire". En outre, dans la mesure où il ne s'agit pas toujours d'une rencontre de personnes proprement dite, la délégation espagnole est prête à souscrire à l'expression "conférence préparatoire" qui a un sens plus vaste dans le cadre de l'arbitrage. En revanche, le terme "délibérations", qui renvoie à l'échange intellectuel qui a lieu entre les arbitres en vue d'une décision, ne conviendrait manifestement pas en l'occurrence. Sans doute, la meilleure expression est-elle "conférence".

38. M. TUVAYANOND (Thaïlande) pense, à la lumière de l'intervention du représentant du Canada, que l'adjectif "préparatoire" convient mieux que l'adjectif "préliminaire" ou l'expression "avant audience". Il souscrit donc à l'expression "conférence préparatoire".

39. Répondant à la délégation britannique, il maintient que si la conférence préparatoire n'est pas indispensable, elle revient à

ajouter une phase supplémentaire à la procédure d'arbitrage et donc à retarder celle-ci et à multiplier les frais.

40. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie), souscrivant aux observations formulées par le représentant de l'Espagne, estime que le chapitre B pourrait s'intituler "Terminologie — conférence préparatoire" pour mieux refléter la teneur des paragraphes 10 et 11.

La séance est levée à 13 heures.

Compte rendu analytique de la 533e séance

Mercredi 8 juin 1994, à 15 heures

[A/CN.9/SR.533]

Président : M. MORÁN (Espagne)

La séance est ouverte à 15 h 15.

ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL : PROJET DE DIRECTIVES POUR LES CONFÉRENCES PRÉPARATOIRES DANS LE CADRE DES PROCÉDURES ARBITRALES *(suite)* (A/CN.9/396/Add.1)

Chapitre premier, section C

1. M. OLIVENCIA (Espagne) rappelle à propos du paragraphe 12 qu'il faut mettre "conférences préparatoires" au pluriel dans la version espagnole.

2. Quant au paragraphe 13, il vaudrait mieux indiquer explicitement que les directives internationales harmonisées aident à déterminer s'il convient ou non de tenir des conférences préparatoires, à s'y préparer et à définir les questions à débattre. Il faudrait dans le même paragraphe corriger dans la version espagnole l'impératif, mode qui n'est pas utilisé dans les autres langues. L'expression "Les Directives indiquent quels doivent être les objectifs d'une conférence préparatoire ... et les questions qui pourraient y être utilement examinées" utilise un mode qui ne convient pas au texte des directives.

3. Selon le paragraphe 14, les directives contribueront à généraliser l'arbitrage, à en faire mieux comprendre les procédures et à les harmoniser davantage. Pour M. Olivencia, elles peuvent aussi faire mieux connaître les avantages que présente l'arbitrage, par opposition aux recours judiciaires.

Section D

4. M. HOLTZMANN (États-Unis d'Amérique) constate qu'il s'agit de la première section qui présente des phrases entre crochets. Si l'on supprime les passages en question, on ne compromettra pas pour autant la finalité des directives.

5. Le paragraphe 17 donne à penser qu'il faut demander aux parties, au début de la procédure d'arbitrage, si elles souhaitent élargir ou amender les règles sur lesquelles elles se sont déjà entendu, et l'on peut se demander pourquoi un arbitre doit de nouveau poser une question déjà réglée si les parties elles-mêmes ne le font pas, et s'il y a une bonne raison de le faire. Cela ne ferait ainsi que rendre la procédure plus complexe, sans compter que modifier des règles demande du temps, des efforts et de l'argent. C'est à juste titre que le Secrétariat souligne au paragraphe 17 combien il est difficile et dangereux de modifier un règlement. C'est pourquoi les États-Unis proposent de supprimer le paragraphe 17, ainsi que la dernière phrase du paragraphe 16.

6. Pour ce qui est de l'article 18, la première impression qu'il donne est qu'il répète des idées déjà exprimées au paragraphe 2. S'il visait à tenir compte de questions de fond, outre les questions de procédure, il serait peut-être utile. Mais, comme les États-Unis ont des réserves à faire sur l'inclusion de questions touchant au fond des litiges, ils préfèrent laisser la question aux soins du Secrétariat, qui jugera selon l'évolution des débats.

7. M. LEVY (Canada) déclare être presque totalement d'accord avec M. Holtzmann sur les problèmes que soulèvent les paragraphes 16 et 17. Il est lui aussi partisan de la suppression de la deuxième phrase du paragraphe 16 et du paragraphe 17. Il faudrait conserver l'idée du paragraphe 17, mais sous une autre forme que la forme actuelle, qui pose l'éventualité d'activités inutiles lors de la conférence préparatoire.

8. Il faut prendre garde que les directives ne soient pas en conflit avec les règlements d'arbitrage, notamment ceux qu'appliquent les centres d'arbitrage qui disposent de leurs propres règles; il faut pour cela conserver le paragraphe 18, en y ajoutant peut-être : "ni aux normes du centre d'arbitrage où la procédure a lieu".

9. M. ABASCAL ZAMORA (Mexique) dit qu'il faut, dans la version espagnole du paragraphe 15, remplacer le membre de phrase "*conforme al reglamento de arbitraje*" par "*dentro de los límites del reglamento de arbitraje*".

10. Il souscrit à ce qu'a dit le représentant des États-Unis à propos du paragraphe 17, mais il lui semble qu'il faut conserver l'idée de recommander aux arbitres et aux parties de ne pas modifier les règlements d'arbitrage. Sinon, des avocats plus enthousiastes qu'expérimentés peuvent créer des problèmes.

11. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie) déclare que l'essentiel du texte des directives peut être considéré comme une explication discursive, par opposition à une déclaration directe de principe. Il serait plus pratique pour le lecteur d'adopter un style uniforme et de faire commencer tous les paragraphes par l'énoncé du principe applicable. Ainsi, le paragraphe 15 pourrait commencer par la phrase "La conférence préparatoire doit se dérouler conformément au règlement d'arbitrage", pour expliquer ensuite que les directives n'ont pas force obligatoire et qu'en principe elles ne doivent pas contredire les normes convenues. On pourrait également faire commencer le paragraphe 18 par la phrase : "La conférence préparatoire ne peut adopter aucune décision qui contreviendrait aux dispositions de la loi applicable à l'arbitrage auxquelles on ne peut déroger".

12. Il est en effet peu prudent d'inviter les parties à modifier le règlement d'arbitrage et M. Griffith est en faveur de la suppression du paragraphe 17. Il faut également tenir compte de la question de l'adoption des dispositions qui modifient les règles d'arbitrage, auquel cas le mieux serait que les parties signent une convention écrite.

13. M. ZHANG Qikun (Chine) pense comme les représentants du Canada et des États-Unis que les conférences préparatoires ont pour but de faciliter la procédure, objectif qui serait compromis si les parties devaient revenir sur des questions qu'elles ont déjà réglées.

14. M. DUCHEK (Autriche) pense lui aussi que le paragraphe 17 présente plus d'inconvénients que d'avantages. Plutôt que de le supprimer cependant, on pourrait y ajouter une phrase informant les parties que les décisions qu'elles adoptent conformément aux directives doivent être compatibles avec les règles de procédure dont elles sont convenues. Dans la version anglaise du paragraphe 18, au lieu de "*should not violate*", il faudrait dire "*must not violate*".

15. M. TUVAYANOND (Thaïlande) partage l'opinion des intervenants qui l'ont précédé, mais il lui semble que le principe du libre arbitre interdit d'empêcher que les parties, si elles jugent que c'est dans leur intérêt, s'entendent pour modifier ce dont elles sont déjà convenues. Ce serait par infraction à ce principe qu'une institution arbitrale se réserverait le droit de ne pas approuver une modification proposée. On pourrait envisager une exception quand il s'agit de normes auxquelles on ne peut pas déroger dans un arbitrage, celles que les parties doivent de toute manière respecter. Quant au texte du paragraphe 18, M. Tuvayanond pense qu'il faudrait en effet remplacer "*should not*" par "*must not*". Au paragraphe 17, qui présente des éléments utiles, après la phrase "les parties doivent être conscientes ...", il faudrait écarter l'éventualité de tactiques dilatoires, puisqu'il s'agit d'éviter les retards inutiles.

16. M. CHOUKRI SBAI (Maroc) est d'avis de conserver seulement la dernière phrase du paragraphe 17, en la déplaçant peut-être. Dans les cas où on souhaite modifier les règles de procédure, il faudrait procéder en consultation avec l'institution d'arbitrage. La délégation marocaine est également d'avis de fusionner le paragraphe 18 et le paragraphe 16, car ils visent le même but, c'est-à-dire la conservation des dispositions d'arbitrage convenues entre les parties. Ce que dit le paragraphe 18 ne doit pas être incompatible avec les dispositions de la loi applicable à l'arbitrage considéré. On s'assure ainsi à la fois du respect des règlements d'arbitrage et de l'observation de la loi.

17. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie) approuve l'idée de fusionner les paragraphes 16 et 18.

18. M. SHIMIZU (Japon) dit que les conférences préparatoires ne doivent pas se tenir uniquement dans les limites du régime juridique applicable à l'arbitrage, elles doivent aussi correspondre à la pratique établie dans l'application de ce régime. Il propose donc d'ajouter au paragraphe 15 quelques mots expliquant que le projet de directives n'est pas censé remplacer la pratique actuelle.

19. M. LEVY (Canada) est d'accord pour que l'on fusionne les paragraphes 16 et 18, étant entendu qu'il faudra alors dire : "La décision d'appliquer les Directives n'implique aucune modification du règlement auquel les parties auront décidé de soumettre l'arbitrage". Il faut garder à l'esprit que les décisions prises à la conférence préparatoire ne doivent pas contrevenir à la loi applicable à l'arbitrage.

20. M. HOLTZMANN (États-Unis d'Amérique) a quelques réserves à faire sur la proposition du Japon tendant à se référer à la pratique en vigueur. On semble s'entendre sur le fait que les décisions des conférences préparatoires doivent être compatibles avec les règles et autres dispositions convenues entre les parties, mais dès que l'on parle de pratique, on pénètre sur un terrain mal défini.

Chapitre II

21. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie) propose de supprimer les crochets du paragraphe 23. A son avis, la participation des parties, des témoins et des experts est extrêmement importante et, s'il doit suffire que les avocats assistent à la conférence préparatoire, il convient de laisser ouverte la possibilité que les parties y soient présentes elles-mêmes. D'autre part, l'Australie propose de supprimer le terme "de procédure" qui figure dans la deuxième phrase du paragraphe 22.

22. M. ABASCAL ZAMORA (Mexique) indique qu'il faudrait dire, dans le paragraphe 19 de la version espagnole, "*flexibilidad y discrecionalidad*". Au paragraphe 20, comme l'a déjà indiqué le Secrétariat, parler dans la version espagnole, de "*norma procesal*", puis de "*derecho procesal*", peut prêter à confusion. Au paragraphe 22, il faut dire "*normas de igualdad*" et non "*normas de equidad*". Pour ce qui est des paragraphes 21 et 22, qui traitent du cas où une partie s'oppose à la tenue d'une conférence préparatoire ou n'y assiste pas, il serait préférable de déconseiller aux parties de s'opposer à la tenue de la conférence ou de ne pas y assister. Ces paragraphes devraient faire ressortir la possibilité qu'a le tribunal d'arbitrage de trancher les questions de procédure, à condition d'accorder un même traitement aux parties et de leur donner amplement l'occasion de se faire entendre. Le texte actuel est très généreux parce qu'il donne à l'une des parties la possibilité de s'opposer aux travaux du tribunal, ou d'y faire obstacle. La troisième phrase du paragraphe 22 en particulier permet même au tribunal de suspendre la conférence, ce qui ne peut que causer des frais et des retards. Pour le Mexique, la partie qui s'oppose à la tenue d'une conférence préparatoire doit avoir de bonnes raisons pour ce faire, et de meilleures raisons encore pour ne pas y assister.

23. M. LEVY (Canada) rappelle que l'une des raisons pour lesquelles on recourt à d'autres voies de règlement des différends, comme l'arbitrage, est que l'on cherche à éviter les instances judiciaires et les positions rigides qu'on est obligé d'y défendre. Dans le monde des affaires, le fait de résoudre un différend par des moyens amiables, outre que cela épargne du temps et de l'argent, offre aux parties cet avantage qu'elles peuvent poursuivre leurs relations commerciales. Au contraire, quand elles en appellent à un tribunal judiciaire pour résoudre un contentieux, il est très vraisemblable qu'elles ne pourront plus avoir de bonnes relations. C'est pourquoi on pourrait proposer d'élargir le paragraphe 23, car, comme la conférence préparatoire est souvent la première occasion qu'ont les parties de se rencontrer pour discuter de leur litige, la conférence pourrait être l'occasion pour elles de se mettre d'accord. En tel cas, les arbitres ne devraient pas assister à la conférence, ni y participer en aucune manière: s'ils le font et que les négociations échouent, leur position pourra être gravement compromise. On ne peut pas être médiateur ou conciliateur et en même temps arbitre. Il conviendrait donc de dire au paragraphe 23, sous une forme ou sous une autre, que si les parties sont présentes à la conférence préparatoire, ce qui n'arrive pas tous les jours, elles ont la possibilité de surmonter leurs divergences de vue avant que ne soit entamée la procédure arbitrale.

24. Pour ce qui est du paragraphe 24, M. Levy constate qu'il donne à penser que l'opportunité des conférences préparatoires est fonction du nombre de questions de procédure qu'il faudra y résoudre, et de leur complexité. A son avis pourtant, la décision de se rencontrer personnellement ne dépend pas nécessairement de considérations de ce genre, il y en a beaucoup d'autres, comme

l'état des relations entre les parties. Il faudrait également mentionner au paragraphe 24 que les conférences préparatoires peuvent prendre la forme de rencontres entre personnes, mais aussi de conversations téléphoniques, de téléconférences, de correspondance par télécopie, etc.

25. M. HUNTER (Observateur du Conseil international d'arbitrage commercial) voit dans le paragraphe 23 un exemple de texte entre crochets dont l'utilité est évidente, même si la disposition n'est pas absolument nécessaire. Pour ce qui est de sa teneur, il faudrait peut-être réaménager le paragraphe de manière à indiquer que lorsque les parties sont représentées par leurs avocats ou d'autres agents, c'est le plus souvent ceux-ci qui assistent aux conférences préparatoires, pour indiquer ensuite que dans certains cas il peut être utile que les parties comparaissent elles-mêmes, notamment lorsque les avocats ont besoin d'instructions immédiates pour parvenir à un accord. Pour ce qui est de la deuxième phrase du paragraphe 23, M. Hunter n'est pas convaincu que le tribunal arbitral doive inviter seulement les avocats à la conférence préparatoire, car c'est une décision qui revient aux parties.

26. M. HOLTZMANN (États-Unis d'Amérique), se référant au paragraphe 23, dit que ce n'est pas à la Commission ni aux arbitres d'indiquer aux parties qui doit comparaître à une audience. Si les parties désirent comparaître sans leurs avocats, ce n'est pas à la Commission de leur dire que les avocats devraient être présents, ni, si elles se présentent avec leurs avocats, de leur dire qu'elles devraient leur faire confiance et les laisser aller seuls à la conférence. Une fois ces éclaircissements donnés, on voit mal ce que l'on peut sauvegarder du paragraphe 23. Ce paragraphe est de trop, et il mène la Commission sur un terrain où elle ne devrait pas s'aventurer. Cela dit, si le Secrétariat croit qu'il peut conserver quelque chose de valable au paragraphe 23, la délégation américaine prendra connaissance avec intérêt d'une nouvelle version de cette disposition.

27. Au paragraphe 21, il faudra supprimer la dernière phrase, selon laquelle "une attitude négative pourrait donner à penser qu'il vaudrait mieux ne pas tenir de conférence préparatoire car elle risquerait de ne pas atteindre entièrement ses objectifs". Le fait que l'une des parties s'oppose à la tenue de la conférence ne devrait pas empêcher le tribunal arbitral ni l'autre partie de tirer profit de la possibilité de planifier une procédure efficace. Les conférences préparatoires sont tout aussi importantes lorsque l'une des parties n'y comparait pas, car en tel cas le tribunal a besoin de toute l'aide possible et il ne peut compter que sur l'une des parties. Étant donné qu'aucune des deux parties ne peut empêcher l'arbitrage, le tribunal arbitral a l'obligation d'être particulièrement équitable dans les cas de ce genre.

28. M. TUVAYANOND (Thaïlande) dit que le paragraphe 23 peut être utile, à condition que l'on fasse disparaître "le tribunal arbitral peut indiquer dans l'invitation à la conférence que", la phrase se lisant alors : "Parfois, cependant, étant donné le type de questions à examiner, il peut être suffisant que soient présents seuls les avocats". Le reste du paragraphe resterait tel quel, sauf les crochets que l'on ferait disparaître.

29. Avec son libellé actuel, le paragraphe 22 présente des risques. Il semble étrange que les arbitres ne donnent pas aux parties l'occasion de faire valoir leurs points de vue, puisque l'autorité des arbitres même est une émanation du consentement des parties. Si l'une des deux fait des réserves ou des objections à propos de la conférence, mais sans donner de motif, elle est dans son droit. Les décisions que les arbitres adoptent dans la phase préalable aux audiences doivent se limiter à des questions de procédure, car sinon elles violeraient le principe selon lequel chaque partie doit avoir amplement l'occasion de faire valoir ses droits. Les conférences préparatoires doivent donc viser uniquement à préparer l'arbitrage, et non à résoudre le différend. Il ne faut pas permettre aux conférences préparatoires d'aborder les problèmes de fond, et les convoquer uniquement pour régler des problèmes de procédure.

30. M. CHOUKRI SBAI (Maroc), se référant au paragraphe 23, dit partager entièrement les opinions exprimées entre autres par les représentants du Canada et des États-Unis, qui ont proposé de supprimer la partie relative aux exceptions. Le tribunal arbitral pourrait élucider ce point pendant la procédure. Non seulement la présence des parties est utile, mais leur absence pourrait compromettre les droits de la défense. Les parties ont le droit de comparaître, et c'est à elles de prendre à leur charge les dépenses de temps et d'argent que suppose la procédure arbitrale. Le Groupe de rédaction devrait supprimer les crochets et ne laisser au paragraphe 23 qu'une seule phrase ainsi conçue : "Les parties elles-mêmes, leurs avocats ou tous autres représentants des parties, participent aux conférences préparatoires".

31. M. OLIVENCIA (Espagne) constate que le paragraphe 19 a une tournure négative, puisqu'il est dit que le tribunal arbitral doit "veiller à ce que la tenue d'une conférence préparatoire ne majore pas inutilement les coûts de la procédure ou ne constitue pas une charge administrative". Il faudrait donner à cette phrase une tournure positive, en se plaçant du point de vue des avantages. Les conférences préparatoires ne doivent être autorisées que lorsqu'elles présentent un avantage, et c'est une décision qui appartient au tribunal arbitral. La conférence préparatoire n'est pas indispensable, puisqu'elle n'est prévue ni dans les règlements ni dans les lois applicables à l'arbitrage, mais elle peut se révéler utile, et c'est cet aspect positif que doivent faire ressortir les directives.

32. Le paragraphe 20 cherche à faire le point sur la pratique et les règles existantes. Il faudrait, non seulement faire état de la réalité actuelle, mais de plus donner quelques orientations, et dire par exemple qu'il serait commode que l'invitation soit adressée après consultation préalable.

33. Passant ensuite au paragraphe 23, M. Olivencia déclare lui aussi qu'il faut le conserver, mais en le réaménageant. Le cas le plus courant est celui où les avocats assistent à la conférence, mais il ne faut pas exclure la présence des parties, ni de leurs autres représentants. On peut décider des participants à la conférence au vu de la matière à régler.

34. Quant à savoir si la présence des parties est opportune à la première conférence, quand il s'agit de régler les points de procédure, M. Olivencia pense que l'on se retrouve devant la question, encore controversée, de savoir si les conférences préparatoires peuvent porter sur des questions touchant au fond du litige. Pour M. Olivencia, ces questions peuvent en effet y être traitées, et elles le sont en pratique. Cette procédure permet de rapprocher les positions des parties et d'écarter les considérations contestées, ce qui fait de la conférence un instrument de médiation utile.

35. M. ZHANG Qikun (Chine) pense qu'il faudrait conserver le paragraphe 23. Si l'on enlève les crochets, il faudra reformuler le passage qui porte sur le contenu de l'invitation, en prévoyant que celle-ci indiquera les questions qui seront examinées à la conférence, de telle sorte que les parties puissent déterminer comment elles se feront représenter.

Section A

36. M. TUVAYANOND (Thaïlande) dit que le paragraphe 25 reflète l'opinion de la Thaïlande selon laquelle la conférence préparatoire sera convoquée uniquement en cas de besoin, par exemple si le tribunal arbitral a des doutes sur ses propres compétences. C'est pourquoi la Thaïlande est en faveur du maintien de ce paragraphe sous sa forme actuelle.

37. Le paragraphe 27 envisage l'éventualité où les deux parties n'auraient pas une idée nette des règles d'arbitrage à appliquer. Cela est curieux, car normalement les parties étudient les règlements d'arbitrage avant de décider de celui qu'elles appliqueront et s'informent des avantages et des inconvénients des instances d'arbitrage existantes avant de s'adresser à l'une d'elles. De surcroît, c'est en général les parties qui orientent le tribunal d'arbitrage, en particulier en ce qui concerne la portée et le contenu de ses attributions, et non l'inverse.

38. M. SEKOLEC (Service du droit commercial international) explique que cette disposition, dont il est déjà question dans l'introduction du projet, part de l'hypothèse qu'il n'y a aucun doute sur les attributions du tribunal arbitral, et les consultations dont il est question visent à orienter les parties sur la manière dont se déroulera le processus, afin de leur éviter toute mauvaise surprise. A mesure que les règlements d'arbitrage confèrent plus de liberté au tribunal quant à la forme des procédures, et que les parties peuvent avoir des espérances différentes sur ce plan — surtout si elles sont originaires de régions différentes, avec des traditions juridiques différentes. Les procédures arbitrales admettent de multiples variations et il faut que le tribunal indique aux parties, avec la plus grande précision, comment il procédera, de manière que celles-ci sachent à quoi s'attendre et puissent se préparer au procès.

39. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie) constate que le paragraphe 25, où il est dit qu'il est possible qu'une conférence préparatoire ne soit pas utile, contredit le titre de la section A : "Cas dans lesquels une conférence préparatoire peut être utile". Il faudrait donc déplacer ce paragraphe pour le mettre, par exemple, après le paragraphe 11.

40. M. ABASCAL ZAMORA (Mexique) dit que certains règlements d'arbitrage mentionnent diverses techniques qui permettent d'éviter les conférences préparatoires, comme l'envoi de questionnaire aux parties pour les interroger sur ce qu'elles attendent des procédures, ou la pratique consistant à leur demander leur opinion par écrit. Il propose que l'on mentionne aussi ces techniques dans la partie du projet à l'examen.

Section B

41. M. OLIVENCIA (Espagne) dit qu'il faudrait modifier le titre de cette section, pour en faire "Conférences préparatoires" — et dire de toute manière "une conférence" et non "la conférence". D'autre part, il faut indiquer dans cette section que si la conférence a toujours une fonction de planification, ce n'est pas toujours les procédures que l'on planifie. Il faudrait en outre dire "*procedimiento*" et non "*proceso*" dans la version espagnole. Enfin, M. Olivencia n'est pas d'accord avec le libellé de la première phrase du paragraphe 21, car le fait de tenir plus d'une conférence préparatoire n'est pas exceptionnel.

Section C

42. M. TUVAYANOND (Thaïlande) dit que le paragraphe 33 lui paraît acceptable en ce qu'il se réfère aux décisions sur des questions de procédure, alors qu'en revanche le tribunal seul peut prendre des décisions sur le fond du litige, avec le consentement de toutes les parties intéressées. Si l'on veut donc supprimer les crochets, il faut reformuler le paragraphe, de façon à lui faire exprimer ce principe.

43. Quant au paragraphe 34, il conviendrait de combiner les deux méthodes qui y sont mentionnées. En d'autres termes, les décisions seraient prises en consultation avec les parties et, si elles ont un rapport avec des questions qu'il faudrait ajouter au document que les parties ont déjà signé, celles-ci concluraient un autre accord, qui ferait partie intégrante de l'accord original.

44. M. HOLTZMANN (États-Unis d'Amérique) est lui aussi partisan de l'élimination du paragraphe 33, car les conférences préparatoires ne doivent pas examiner le fond du différend. Il note que dans la version anglaise il aurait fallu parler de "*merits*" au lieu de "*substance*". Ce dernier mot est ambigu et soulève des difficultés, car les juristes ne sont pas toujours d'accord sur ce qui départage les questions de procédure et les questions de fond.

45. Passant au paragraphe 35, M. Holtzmann fait observer que la deuxième phrase va à l'encontre du principe selon lequel le tribunal d'arbitrage jouit d'une ample latitude pour déterminer la procédure à suivre. Il faudrait donc reformuler cette phrase au regard de ce principe. Il faudrait concrètement indiquer que le tribunal peut prendre des décisions au cours de la conférence, même s'il n'y a pas accord entre les deux parties. Enfin, après avoir consulté l'Association américaine d'arbitrage sur la deuxième phrase du paragraphe 36, la délégation des États-Unis a encore quelques réserves à faire. En effet, cette phrase contredit l'idée générale des conférences préparatoires, qui est d'éviter que la souplesse du processus arbitral ne se transforme en imprévisibilité. D'autre part, pendant les préparatifs d'un arbitrage, on en arrive tôt ou tard à une phase où les parties doivent très exactement savoir à quoi s'en tenir quant aux procédures qui suivront. C'est donc à cette phase qu'il faut faire des choix définitifs, de manière que les parties puissent se préparer au procès. Évidemment, le tribunal a le droit de modifier ses décisions, si les circonstances évoluent. Cela dit, si l'on doit mentionner ce droit, il faut le faire en introduction au paragraphe 36, et non à la deuxième phrase, qui doit souligner la nécessité pour le tribunal d'adopter des décisions précises en matière de procédure.

46. M. HUNTER (Observateur du Conseil international d'arbitrage commercial) estime lui aussi que le paragraphe 33 n'est pas nécessaire, ni particulièrement utile, et que l'on pourrait l'éliminer. S'il devait rester cependant, il faudrait le modifier dans le sens indiqué par les États-Unis en gardant à l'esprit des réserves exprimées à la Thaïlande sur la question de la détermination des points litigieux. La distinction entre une conférence entre les parties et les arbitres et une audience, c'est que, dans ce dernier cas, il s'agit de l'occasion donnée officiellement à chaque partie de faire valoir ses allégations.

47. M. OLIVENCIA (Espagne) pense que l'on pourrait modifier le paragraphe 33 plutôt que de le supprimer. Dans le texte modifié dans le sens indiqué par le représentant des États-Unis et l'observateur du Conseil international d'arbitrage commercial, il ne serait pas nécessaire de parler de décision sur des questions de fond. On pourrait au contraire mentionner la possibilité que la conférence porte sur des questions ne relevant pas strictement de la procédure, touchant à la *materia decidendi* et aux positions des parties.

48. Il faut que la conférence préparatoire détermine les points litigieux et les questions de droit ou de fait qui ne sont pas contestées, comme il est prévu aux sections D et E de la liste des questions dont la conférence peut traiter. Il s'agit de faire le départ entre ce qu'il faut décider et ce qu'il faut prouver, et non d'adopter des décisions sur le fond de l'affaire.

49. M. AL-NASSER (Arabie saoudite), se référant d'abord au paragraphe 33, souscrit aux observations formulées par la délégation des États-Unis et l'observateur du Conseil international d'arbitrage commercial. Il propose de maintenir le paragraphe en y ajoutant le membre de phrase "si ces questions ne sont pas définies par les parties en litige".

50. Au paragraphe 34, il faudrait faire disparaître la dernière phrase, car les conférences préparatoires doivent s'intéresser aux questions de procédure.

51. Le texte du paragraphe 35 donne l'impression d'une contradiction avec le paragraphe 34, parce qu'il ouvre sur l'éventualité que le tribunal arbitral adopte une décision sans tenir compte des parties en litige.

52. M. LEVY (Canada) pense que l'on pourrait parler, dans la section à l'examen, de l'éventualité où les parties décideraient, au cours d'une conférence préparatoire, de renoncer au recours devant un tribunal, quand la législation applicable les y autoriserait. Il faudrait aussi songer à la question de la reconnaissance ou de l'exécution des sentences arbitrales, dont traitent les articles 34 et 36 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international.

La séance est levée à 18 h 5.

Compte rendu analytique de la 534e séance

Jeudi 9 juin 1994, à 10 heures

[A/CN.9/SR.534]

Président : M. MORÁN (Espagne)

La séance est ouverte à 10 h 15.

ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL : PROJET DE DIRECTIVES POUR LES CONFÉRENCES PRÉLIMINAIRES DANS LE CADRE DES PROCÉDURES ARBITRALES *(suite)* (A/CN.9/396/Add.1)

Chapitre III, section A

1. M. LEVY (Canada) dit que c'est au début de la procédure arbitrale — mais pas nécessairement à la première conférence préparatoire — au moment où les parties sont encore animées de bonnes intentions, qu'elles doivent se mettre d'accord sur la procédure qui sera suivie. C'est généralement la partie mécontente de la sentence qui se livrera à des manœuvres dilatoires pour entraver son exécution. M. Levy évoque une affaire dans laquelle la sentence avait été rendue à Londres et devait être exécutée au Canada, et où la partie qui n'avait pas eu gain de cause était allée jusqu'à contester la constitutionnalité de la législation fédérale canadienne et avait même cherché à former un recours devant la Cour suprême du Canada pour ne pas payer la somme due à l'autre partie. Afin d'éviter ce genre de problèmes en fin de procédure, il serait bon d'insérer dans les directives des dispositions qui permettraient de réduire au minimum les retards et les coûts pouvant découler de recours judiciaires abusifs et de garantir le caractère définitif de la sentence arbitrale en interdisant les recours et en facilitant l'exécution.

2. La plupart des États qui ont adopté la loi type de la CNUDCI limitent les interventions des tribunaux à certains cas précis : mesures conservatoires, désignation d'arbitres dans certaines circonstances, récusation et révocation des arbitres ou contestation de leur compétence et demande d'annulation de la sentence pour des motifs précis. Dans certains systèmes de droit, et c'est le cas au Canada, les pouvoirs des tribunaux ne peuvent être limités en l'absence de dispositions législatives expresses. Dans d'autres, les parties peuvent convenir de limiter expressément leur droit de recours devant les tribunaux. Dans ce dernier cas, les limitations prévues dans la Loi type de la CNUDCI pourraient constituer un bon modèle. Dans certains cas, toutefois, un accord par écrit n'aurait guère d'effet, en particulier dans les pays de *common law* où même une "*privative clause*" ne constitue pas un rempart efficace contre des tribunaux réellement décidés à intervenir. Néanmoins, un accord entre les parties pourrait présenter une certaine utilité.

3. Peut-être la meilleure manière de garantir le caractère définitif de la sentence est-elle d'adopter une loi, qui limite le recours aux tribunaux en vue de faire annuler une sentence arbitrale. Ainsi, la loi sur l'arbitrage commercial du Canada a incorporé la Loi type de la CNUDCI dans la législation canadienne et M. Levy donne lecture de l'article 34 de cette loi, qui reprend l'article 34 de la Loi type, et qui dispose notamment que la sentence arbitrale ne peut être annulée par un tribunal que si la partie en faisant la demande apporte la preuve soit qu'elle était frappée d'une incapacité, soit qu'elle n'a pas été dûment informée de la nomination d'un arbitre ou de la procédure arbitrale, soit encore que la constitution du tribunal arbitral ou la procédure arbitrale n'a pas été conforme à la convention des parties.

4. Sur toutes ces questions, peut-être les directives pourraient-elles prévoir une forme d'*estoppel* : une convention écrite de renonciation par laquelle les parties déclareraient renoncer à toute voie de recours, ce qui empêcherait la partie n'ayant pas eu gain de cause de tenter d'entraver la procédure d'arbitrage ou l'exécution de la sentence. Une telle convention aurait de bonnes chances d'être valide même en l'absence de dispositions législatives réglementant la question.

5. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie) rappelle que l'article premier du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI prévoit que les différends sont réglés conformément à celui-ci sous réserve des modifications que pourraient y apporter par écrit les parties d'un commun accord. Si les parties acceptent expressément des décisions prises lors de conférences préparatoires et confirment cet accord par écrit, cela pourrait constituer une forme de renonciation à toute objection ultérieure et éviter de futurs différends. M. Griffith propose d'ajouter au paragraphe 34 du projet de directives une phrase d'où il ressortirait qu'étant donné que le but des conférences préparatoires est de créer la certitude, les parties devraient accepter expressément les décisions prises lors des conférences préparatoires et signer un document consignant leur accord.

6. M. TUVAYANOND (Thaïlande), faisant écho à une intervention de la délégation des États-Unis à propos du paragraphe 36, propose d'ajouter le mot "fondamental" à la fin de la dernière phrase de ce paragraphe, qui se lirait désormais comme suit : "à la suite d'un changement fondamental de circonstances".

7. M. HOLTZMANN (États-Unis), se référant à la dernière intervention du représentant du Canada, convient avec lui que les tribunaux devraient respecter l'arbitrage et que leurs possibilités d'intervention devraient être réduites au minimum. C'est avec une

pointe d'envie qu'il reconnaît que la jurisprudence canadienne autorise les parties à renoncer par avance à leur droit de recours ou d'appel. Il ne pense pas néanmoins qu'une telle renonciation puisse être envisagée lors d'une conférence préliminaire. Une telle conférence est en effet convoquée par les arbitres dans le seul but de définir avec précision les procédures qui seront suivies et il serait tout à fait inapproprié que les arbitres puissent demander aux parties à ce stade de renoncer au droit qu'elles pourraient avoir de contester leurs décisions, voire d'aborder des questions relatives à l'exécution de la sentence. Il faut partir de l'hypothèse qu'à ce stade, les parties sont de bonne foi et prêtes à se soumettre à la sentence. Une partie peut très bien avoir intérêt à renoncer à son droit de recours et pas l'autre. Celle qui voudrait refuser d'y renoncer se trouverait alors dans la position inconfortable d'avoir soit à rejeter la proposition ou l'invitation des arbitres quelque bénigne qu'elle fût, soit à l'accepter par crainte d'éveiller l'hostilité précisément des individus chargés de trancher le différend. Ainsi, quoique le principe ait ses mérites, il ne semble pas qu'il soit applicable dans le cadre d'une conférence préliminaire.

8. L'observateur de l'Australie a dit, à juste titre, que si des décisions sont prises lors d'une conférence préliminaire et que les parties y consentent, il est sage de les consigner. Il faudra cependant être très prudent dans la rédaction d'une disposition à cet effet pour ne pas édulcorer le principe selon lequel l'accord des parties n'est pas nécessaire aux fins de l'établissement des procédures, qui doit être du seul ressort des arbitres eux-mêmes.

9. M. ZHANG Qikun (Chine) est d'accord avec les représentants de la Thaïlande et des États-Unis pour supprimer au paragraphe 33 la référence au "fond du différend". Toutes les décisions prises au cours des conférences préparatoires ne peuvent porter que sur la façon de conduire la procédure. Il est inconcevable en effet qu'une décision sur une question de fond puisse être prise en l'absence de l'une des parties lors d'une conférence préparatoire. Une fois que l'on aura éliminé cette référence, on pourra supprimer les crochets qui entourent ce paragraphe.

10. M. CHATURVEDI (Inde) souscrit aux vues du représentant des États-Unis sur la proposition canadienne d'exclure diverses questions de la juridiction des tribunaux. Le but des conférences préparatoires n'est pas de trancher ces questions. Elles doivent l'être par les parties elles-mêmes ou dans le cadre des conventions internationales applicables. Comme d'autre pays, l'Inde applique certaines procédures de saisine des tribunaux ainsi que les dispositions de conventions internationales, notamment la Convention de New York de 1958, qui sont très utiles pour l'exécution des sentences. Ces questions doivent être traitées dans le cadre du droit interne, et d'ailleurs les tribunaux n'accepteront jamais de se voir retirer leurs prérogatives. Il est donc inapproprié d'inclure la renonciation au droit de recours dans les questions qui peuvent être examinées lors des conférences préparatoires.

11. En ce qui concerne la proposition de l'Australie sur le paragraphe 33, le représentant de l'Inde convient avec la délégation chinoise que l'objet des conférences préparatoires est de traiter uniquement des questions de procédure et certainement pas des questions de fond, surtout si, pour une raison quelconque, l'une des parties est absente au moment où la décision est prise. On ne peut traiter dans ce cadre que de questions de procédure dont les parties ne se seraient pas entretenues au préalable. L'assentiment des parties est en effet le fondement même de toutes les procédures arbitrales.

12. M. CHOUKRI SBAI (Maroc) dit que le problème du droit de recours est difficile. Le traitement de cette question diffère d'une législation à l'autre. Au Maroc, il existe une loi type qui repose sur le respect du régime de l'arbitrage. La décision des arbitres ne peut pas être attaquée, que ce soit pas opposition ou par la procédure d'appel. Il n'existe que trois exceptions. Premièrement, cette décision peut être révisée en cas de production de nouvelles preuves ou de nouvelles pièces, ou encore si l'arbitrage était fondé sur des faux, des documents nuls ou ayant fait l'objet d'une prescription. Cette possibilité de révision est très limitative également en droit commun. Deuxièmement, un tiers, étranger au litige, a la faculté de s'opposer à la décision si elle touche à ses intérêts. Troisièmement, une sentence arbitrale ne peut être exécutée de plein droit. Il faut demander au juge de droit commun de la rendre exécutoire. C'est cette décision du juge de droit commun qui est sujette à appel et à cassation. Le juge n'a jamais le droit de se prononcer sur le fond. Il doit s'assurer que la décision des arbitres n'est pas contraire à l'ordre public, qu'elle n'est pas nulle au regard de la loi à laquelle elle se réfère et que les droits de la défense ont été fondamentalement respectés. Il ne peut non plus amender la décision des arbitres. Le Maroc a par ailleurs ratifié la Convention de New York sur l'exécution des sentences arbitrales. C'est pourquoi la question de l'appel est épineuse : la solution diffère d'un pays à l'autre et il faut également se référer à la Convention de New York pour la mise en œuvre de décisions étrangères.

13. M. OLIVENCIA (Espagne) dit que les questions susceptibles d'être examinées au cours des conférences préparatoires, lesquelles constituent un mécanisme de planification, ne doivent pas toucher le fond d'un litige. Mais un autre danger existe, c'est de ne pouvoir traiter que de questions de procédure. Les délégations ont des vues divergentes à ce sujet. Contrairement à ce qu'ont déclaré les délégations des États-Unis et de la Chine, certaines questions controversées telles que la définition des questions à aborder — ce qui doit être établi, ce sur quoi les parties sont d'accord — ne sont pas uniquement des questions de procédure. Même si elles ne portent pas sur le fond de l'affaire, elles lui sont liées et l'on doit en prouver ou en établir certains aspects. Ce problème a des incidences directes sur la question de la possibilité de règlement du différend (sect. III C) et celle de la définition des questions à examiner et de l'ordre dans lequel elles seront tranchées (sect. III D). La question de savoir ce qui doit être accepté par les parties, par exemple que des documents sont authentiques et valables, n'est pas une question de procédure mais elle est importante pour le règlement du différend, et c'est la première chose sur laquelle il convient que la Commission définisse clairement sa position.

14. Quant à la renonciation au droit de recours, le représentant de l'Espagne pense que ce n'est pas dans des directives que l'on doit traiter de cette question si épineuse. Les directives doivent être très claires pour tous les systèmes juridiques dans les limites autorisées par le droit interne. La délégation du Maroc a fait des observations très pertinentes à cet égard. C'est en Espagne une question qui touche aux aspects les plus fondamentaux des droits de la défense et de l'ordre public. C'est une question extrêmement délicate pour l'Espagne, qui n'est donc pas en faveur de son inclusion dans le texte des directives.

15. M. CHATURVEDI (Inde) se demande si la dernière phrase du paragraphe 36 est réellement utile et pourquoi les adjectifs "détaillée" et "précise" sont simultanément employés.

16. M. TUVAYANOND (Thaïlande) dit que sa délégation n'exclut pas entièrement la possibilité d'aborder les questions de fond ou même la question du bien-fondé de la demande au cours de la conférence préparatoire, dans la mesure où un accord sur ces questions peut parfois permettre d'accélérer la procédure ou conduire à un règlement du litige avant même que la procédure d'arbitrage soit entamée; il faut néanmoins que toutes les parties soient présentes. A propos de la renonciation au droit d'appel, M. Tuvayanond souligne que les parties ont toujours la possibilité de faire appel dans les cas exceptionnels d'abus de droit (*ultra vires*). Enfin, le représentant de la Thaïlande pense qu'il ne serait pas inutile de préciser, à la fin du paragraphe 36, qu'une décision pourrait devoir être modifiée en cas de changement de circonstances "fondamental".

17. M. ABASCAL ZAMORA (Mexique) estime qu'il n'est pas réaliste d'affirmer que les conférences préparatoires porteront uniquement sur la forme, car il est très difficile de savoir où finit la procédure et où commence le fond. La solution serait de supprimer le paragraphe 33 et de se référer à la liste de contrôle, en gardant présent à l'esprit que cette liste n'est pas limitative. Quoi qu'il en soit, les questions touchant au fond ou au bien fondé d'une affaire doivent être traitées avec beaucoup de prudence.

18. M. GOH (Singapour) préférerait que la section C comporte une indication selon laquelle, lors d'une conférence préparatoire, les parties devraient notamment décider de renoncer au droit de faire appel. L'arbitrage est un choix que font les parties et elles devraient s'y tenir, d'autant que les procédures de recours devant les tribunaux entraînent des dépenses qui viennent s'ajouter à des frais d'arbitrage déjà lourds.

19. Le PRÉSIDENT, répondant au représentant de Singapour, fait observer qu'il s'agit d'une question délicate car les systèmes judiciaires diffèrent suivant les pays. Il propose de passer à l'examen des paragraphes 37 à 39 et du point A (Règles régissant la procédure arbitrale) du chapitre III (Liste de contrôle annotée des questions pouvant être examinées lors d'une conférence préparatoire).

20. M. HUNTER (Observateur du Conseil international pour l'arbitrage commercial) estime qu'il est inconcevable d'examiner convenablement, au même stade et au cours d'une même conférence, tous les points figurant dans la liste de contrôle. Les points A (Règles régissant la procédure arbitrale), B (Compétence et composition du tribunal arbitral), J (Arrangements relatifs aux pièces écrites), M (Langue de la procédure) et P (Lieu de l'arbitrage), par exemple, doivent être abordés dès le début de la procédure, tandis que les points E (Faits ou questions non contestés) et L (Audiences) doivent l'être à un stade bien ultérieur. Les diverses questions figurant sous le point L ne peuvent être abordées que dans le cadre d'une conférence avant audience (*pre-hearing*) au sens classique du terme. Pour guider les arbitres inexpérimentés, les directives devraient contenir des indications, soit dans l'introduction du chapitre III, soit dans des notes accompagnant chaque point, soit encore dans les deux à la fois, concernant le stade auquel il convient d'examiner les différents points de la liste de contrôle.

21. M. HOLTZMANN (États-Unis d'Amérique) souscrit à l'observation générale faite par l'observateur du Conseil international pour l'arbitrage commercial sans toutefois être aussi pessimiste que lui. S'agissant de la section A de la liste de contrôle, la délégation des États-Unis estime que la question dont elle fait l'objet ne devrait pas figurer à l'ordre du jour d'une conférence préparatoire. Sa première objection s'apparente à celle soulevée lors de l'examen des paragraphes 16 et 17 concernant la modification du règlement d'arbitrage convenu entre les parties. En effet, l'adoption d'un règlement d'arbitrage, à ce stade, impliquerait nécessairement une certaine adaptation de ce règlement, ne serait-ce que pour ce qui est des modalités de constitution du tribunal arbitral puisque celui-ci serait déjà constitué. D'autre part, si les parties n'ont pas convenu d'un règlement d'arbitrage, on est en droit de supposer qu'elles l'ont fait délibérément, laissant au tribunal arbitral le soin d'arrêter les règles de procédure dans le cadre du droit régissant la procédure arbitrale. De plus, il serait difficile, à ce stade, d'adopter le règlement d'arbitrage d'une institution, notamment en raison de la question des droits à acquitter. Enfin, s'il s'avère que les parties ne peuvent se mettre d'accord sur un règlement d'arbitrage, il sera très difficile au tribunal de mettre un terme à la discussion, comme le propose le secrétariat dans la dernière phrase du paragraphe 2, et, de crainte de créer des dissensions entre les parties ou de paraître trop autoritaire, il ne s'y résoudra que si l'impasse est totale, ce qui risque de faire perdre beaucoup de temps.

22. M. OLIVENCIA (Espagne), se référant aux paragraphes 37, 38 et 39, déclare que les directives devraient recommander que l'ordre du jour soit établi avant la conférence préparatoire, qu'il fasse l'objet de consultations préalables entre les parties et que, sauf circonstances exceptionnelles, celles-ci s'y tiennent strictement lors de la conférence préparatoire.

23. Pour ce qui est du paragraphe 39, la délégation espagnole se réserve le droit de se prononcer sur chacune des questions faisant l'objet des sections A à T lorsque celles-ci seront examinées. Elle tient à souligner, pour le moment, que la liste des questions à aborder à la conférence préparatoire ne peut être qu'indicative : celles-ci dépendront des circonstances particulières de l'affaire, et tout spécialement de la phase de la procédure au cours de laquelle interviendra la conférence préparatoire. Il faudrait que les directives indiquent clairement aux parties que le choix des questions à aborder est subordonné à ce qu'autorise le droit national applicable ou le règlement d'arbitrage qu'elles ont convenu de suivre.

24. M. TUVAYANOND (Thaïlande) souscrit entièrement aux observations du représentant de l'Espagne concernant l'ordre du jour. Il souligne que celui-ci doit être établi en consultation avec les parties et qu'aucune question n'y figurant pas ne doit être traitée sans le consentement de tous les intéressés, même dans le cadre d'un point intitulé "Autres questions".

25. M. ABASCAL ZAMORA (Mexique) propose d'ajouter à la liste des questions figurant au paragraphe 39 la désignation d'une autorité chargée de nommer les arbitres. Bien que le tribunal arbitral soit déjà constitué au moment de la conférence préparatoire, il se peut qu'il soit nécessaire de remplacer un arbitre, et il est préférable d'avoir décidé à l'avance comment le remplaçant sera nommé. Un règlement d'arbitrage aussi largement appliqué que le Règlement de la CNUDCI prévoit en outre qu'une telle autorité peut trancher en cas de récusation d'arbitres et être consultée sur les questions de coût. Elle peut donc avoir un rôle important à jouer dans le cas des arbitrages *ad hoc*, en particulier ceux menés conformément au Règlement de la CNUDCI.

26. La section relative au choix d'un règlement d'arbitrage ne semble en revanche pas indispensable. Il paraît évident que si les parties n'ont pas convenu d'un tel règlement, c'est au tribunal arbitral qu'il appartient de décider des règles à appliquer. Il est toutefois un argument qui peut militer en faveur du maintien de cette section : le fait que les directives sont, pour une large part, destinées à des parties et des avocats qui connaissent mal la question de l'arbitrage.

27. M. LEVY (Canada) s'associe aux observations du représentant des États-Unis concernant les risques que présenterait le fait de soulever avec les parties elles-mêmes la question des règles devant régir l'arbitrage. Les directives ne doivent pas faire référence aux règlements d'autres institutions.

28. M. CHATURVEDI (Inde) rappelle que sa délégation avait demandé lors d'une intervention précédente que l'expression "conférence préparatoire" soit remplacée par "réunion préparatoire". Dans le même ordre d'idées, elle souhaiterait que l'expression "ordre du jour" soit remplacée par le terme "questions".

29. Pour ce qui est de la section A, elle suggère de supprimer les crochets et de conserver l'ensemble du texte. Quant à la question des droits à acquitter pour utiliser un règlement d'arbitrage, mentionnée par le représentant des États-Unis, elle ne se pose pas en ce qui concerne les règlements qui ont été publiés comme le Règlement de la CNUDCI qui peut être librement utilisé et modifié. On ne peut poser comme règle que les parties doivent être consultées au préalable sur les questions qui seront traitées à la réunion préparatoire. Il faut laisser aux arbitres le soin d'en décider. De même, on ne saurait exclure les questions qui n'avaient

pas été inscrites parmi les questions à traiter si les circonstances de l'affaire exigent qu'elles soient abordées ou si les parties ou les arbitres souhaitent les traiter. A la fin du paragraphe 2 de la section A, il faudrait remplacer les mots "du droit procédural applicable" par "du droit et des règles de procédure applicables". Enfin, la délégation indienne ne pense pas qu'il faille inclure dans les directives la question de la désignation d'une autorité chargée de nommer les arbitres, comme l'a proposé la délégation mexicaine.

La séance est suspendue à 11 h 40; elle reprend à 12 h 10.

30. M. CHOUKRI SBAI (Maroc) souscrit pleinement aux observations faites par les représentants de l'Espagne et de la Thaïlande concernant les paragraphes 37 et 38. L'ordre du jour doit faire l'objet de consultations préliminaires au cours desquelles les arbitres auront également le droit de faire part de leur façon de voir et permettront aux parties de s'exprimer pour faciliter le processus d'arbitrage et gagner du temps. Cette façon de procéder se caractérisant par la souplesse, on pourrait faire l'économie de la dernière phrase du paragraphe 38. Si on décide toutefois de la conserver, il faudrait supprimer le membre de phrase "si le tribunal arbitral le juge approprié". Il faut que les parties puissent décider elles-mêmes des questions dont elles souhaitent traiter.

31. M. HUNTER (Observateur du Conseil international pour l'arbitrage commercial) se prononce, pour les raisons déjà données par le représentant des États-Unis, pour la suppression de la section A de la liste de contrôle.

32. M. LOBSIGER (Observateur de la Suisse), tout en étant sensible aux objections du représentant des États-Unis concernant la section A, estime que les arbitres doivent chercher à déterminer si les parties ne peuvent pas encore, à ce stade, convenir d'un règlement d'arbitrage. La section A ne doit donc pas être complètement supprimée. Les observations du représentant des États-Unis doivent toutefois être prises en compte.

33. S'il n'y a pas accord sur les règles de procédure, il risque d'être difficile de parvenir à un accord sur d'autres sections de la liste, notamment la section F concernant les pièces justificatives.

34. M. TUVAYANOND (Thaïlande) souligne que, dans son pays du moins, il est presque inconcevable que le compromis d'arbitrage ne précise pas le règlement d'arbitrage applicable. S'il devait toutefois comporter une telle lacune, il est essentiel que les parties se mettent d'accord sur le règlement à appliquer. C'est pourquoi la délégation thaïlandaise se prononce contre la suppression de la section A qu'elle souhaiterait voir modifier de façon à indiquer non pas que les arbitres doivent chercher à savoir si les parties souhaitent convenir d'un règlement d'arbitrage mais que les parties doivent convenir d'un tel règlement.

35. M. AL-NASSER (Arabie saoudite) propose de modifier le libellé du paragraphe 37 en ajoutant à la fin de la deuxième phrase ", après consultation avec les parties à l'arbitrage sur les questions à inscrire à l'ordre du jour." et en supprimant la dernière phrase. Sa délégation appuie la proposition du représentant du Maroc tendant à supprimer, au paragraphe 38, le membre de phrase "si le tribunal arbitral le juge approprié". Pour ce qui est de la section A, elle aurait tendance à penser, comme le représentant des États-Unis, qu'il faut la supprimer. Elle ne serait, toutefois, pas opposée à son maintien si cette section contenait une référence aux règles générales du droit.

36. M. BONELL (Italie) dit que la section A doit être maintenue sous réserve de modifications mineures. En effet, il est opportun, au stade de la conférence préparatoire, d'attirer l'attention des parties sur le fait que si elles ne l'ont pas déjà fait, elles seront rapidement appelées à déterminer, à tout le moins, les règles destinées à régir la procédure arbitrale et à définir diverses autres règles de procédure et de fond et, qu'à défaut, les arbitres eux-mêmes y pourvoiront.

37. Toutefois, comme à l'évidence les parties se situent encore ici hors de tout cadre d'arbitrage institutionnel, il ne servirait à rien de choisir un ensemble de règles appartenant à un mécanisme d'arbitrage institutionnel. Il est néanmoins d'autres règles, notamment le règlement de la CNUDCI, qui, à ce stade, peuvent présenter une grande utilité. A cet égard, il faudrait sans doute modifier le paragraphe 2 de la section A de manière à ne pas donner l'impression que les parties doivent engager des négociations qui pourraient être longues en vue de convenir d'un règlement d'arbitrage. Il faudrait également modifier la terminologie de manière à indiquer sans ambiguïté que, quoi qu'il en soit à ce stade, toutes dispositions impératives existantes s'appliquent comme dans les autres cas, car il ne s'agit pas en l'occurrence de choisir la *lex arbitra*, mais de définir des règles dans le genre du règlement de la CNUDCI par exemple.

38. M. OLIVENCIA (Espagne) est également favorable au maintien de la section A pour plusieurs raisons. Premièrement, il est bien précisé que l'on envisage ici l'hypothèse où les parties n'ont pas convenu d'un règlement d'arbitrage. C'est là que réside l'intérêt des directives. Pour M. Olivencia, l'idée selon laquelle les parties ont pu oublier cet aspect de l'arbitrage n'est pas réaliste : le fait d'omettre d'insérer dans un compromis le règlement appelé à régir la procédure arbitrale ne procède pas d'un oubli.

39. Deuxièmement, il reste encore à résoudre le problème de la loi applicable car, même si les parties invoquent une loi nationale dans leur clause compromissoire ou compromis, cette loi nationale peut très bien ne pas exiger d'elles qu'elles se réfèrent dans la clause compromissoire ou compromis arbitrale à un règlement de procédure déterminé. Par exemple, le droit espagnol exige seulement des parties qu'elles conviennent dans le compromis de soumettre leur différend à un ou plusieurs arbitres et qu'elles s'engagent à exécuter la sentence arbitrale rendue. Il ne va pas jusqu'à prévoir de procédures. Or les parties ont tout intérêt à planifier la procédure arbitrale dès le début, notamment à régler les questions de délai, d'ordre de dépôt des mémoires et contre-mémoires, etc., en l'absence d'un règlement d'arbitrage, alors même qu'elles se sont strictement conformées aux dispositions de la clause compromissoire ou du compromis leur prescrivant de définir la loi applicable.

40. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie) croit relever au paragraphe 39 une contradiction entre l'idée exprimée dans la deuxième phrase selon laquelle la liste de contrôle se veut complète et l'observation faite à l'avant-dernière phrase selon laquelle cette liste n'est pas exhaustive. Il espère cependant que cela n'empêchera pas la Commission d'examiner quant au fond toutes propositions d'ajouts à la liste de contrôle qu'il pourrait être amené à faire.

41. Quant à la partie A, si la suggestion du représentant du Conseil international pour l'arbitrage commercial tendant à la maintenir est retenue, il importera de préciser sans ambiguïté, dans un chapeau qui ferait partie soit du paragraphe 38 ou du paragraphe 39 ou qui, de préférence, constituerait un paragraphe distinct, que les questions figurant sur la liste de contrôle ont une valeur indicative et non impérative.

42. M. CHOUKRI SBAI (Maroc), souscrivant à l'opinion exprimée par les représentants des États-Unis et de l'Arabie saoudite, considère que la fonction première du tribunal arbitral consiste à examiner le compromis d'arbitrage avant d'en arriver au règlement du différend. Il doit déterminer l'étendue de ses pouvoirs concernant notamment les questions de procédure, la loi applicable au différend, etc.

43. La partie A doit être conservée car elle envisage une situation exceptionnelle, celle où les parties ont omis de définir la procédure à suivre à l'occasion de l'arbitrage et où, dès lors, divers problèmes se posent car chaque tribunal arbitral a tendance à adopter sa propre solution. Par exemple, en cas de silence des parties, certains tribunaux arbitraux appliquent la loi de leur pays siège et d'autres le droit du juge arbitre.

44. En ce qui concerne la loi applicable, certains règlements d'arbitrage stipulent que le différend sera réglé conformément au compromis conclu par les deux parties et aux dispositions de la loi choisie expressément ou tacitement par elles. Il se peut cependant qu'au moment de conclure le compromis les parties ne puissent se mettre d'accord sur la procédure à suivre, sur la nature juridique du différend quant au fond, etc. En pareil cas, elles peuvent engager des consultations pour convenir d'une méthodologie, c'est-à-dire choisir la loi applicable ou bien demander à une instance de régler le différend conformément aux principes de la justice, ou encore convenir d'un règlement. D'où la nécessité de maintenir la section A.

45. M. LOBSIGER (Observateur de la Suisse) convient que dans certains cas, malgré l'existence d'un compromis valable, il peut arriver que les parties n'arrivent pas à s'entendre sur les règles de procédure devant régir l'arbitrage. En outre, parfois le choix des parties n'est pas clairement exprimé et, dans d'autres cas, la validité du choix des parties ne peut pas être contestée. Dans ces conditions, la question de savoir si le choix des parties est valable, et éventuellement d'autres questions devraient pouvoir être réglées au cours d'une conférence préparatoire et il faudrait ménager suffisamment de temps à cette fin. Il faudrait donc maintenir la première partie de la phrase figurant à la page 11 qui est conçue comme suit : "Si les parties n'ont pas convenu d'un règlement d'arbitrage,".

46. M. HOLTZMANN (États-Unis) estime qu'adopter une série de règles en matière d'arbitrage est plus facile à dire qu'à faire et qu'il hésiterait à recommander aux parties à un différend d'adopter à l'occasion de la conférence préparatoire le règlement d'arbitrage de la CNUDCI, faute pour elles d'avoir convenu d'un règlement d'arbitrage, et ce, en raison des énormes difficultés d'ordre pratique que l'on éprouverait à extraire de ce règlement les seules dispositions susceptibles d'être applicables à ce stade.

Chapitre III, section B

47. M. ZHANG Qikun (Chine) considère que la conférence préparatoire est l'occasion de demander aux parties si elles ont une divergence de vues quant à la compétence et à la composition du tribunal arbitral. Même lorsqu'une telle conférence n'est pas nécessaire, les arbitres sont censés demander aux parties, notamment à la partie défenderesse, si elles ont quelque objection à formuler à l'égard de la compétence ou de la composition du tribunal arbitral.

48. En outre, il importe d'établir le plus rapidement possible que la compétence et la composition du tribunal arbitral ne font l'objet d'aucune contestation afin d'éviter qu'une partie ne soulève ces questions ultérieurement, comme manœuvres dilatoires, dans le cadre visant à retarder l'exécution de la sentence arbitrale.

49. En conséquence, la délégation chinoise propose de supprimer les crochets encerrant la section B et de considérer la compétence et la composition du tribunal arbitral comme des questions devant être nécessairement inscrites à l'ordre du jour de la conférence préparatoire.

50. M. TUVAYANOND (Thaïlande), tout en jugeant comme la délégation chinoise que la section B est utile, préférerait parler de mandat et non de compétence du tribunal, car il reste encore à ce stade à régler notamment la question du droit applicable quant au fond et celle de savoir si le tribunal arbitral aurait la faculté de statuer en équité, toutes questions qui relèvent davantage du mandat que de la compétence. Néanmoins, la section B est nécessaire, car si l'une des parties estime que des irrégularités ont été commises dans le choix des arbitres, par exemple, c'est à ce moment là qu'il faudrait les invoquer.

La séance est levée à 13 h 5.

Compte rendu analytique de la 535e séance

Jeudi 9 juin 1994, à 15 heures

[A/CN.9/SR.535]

Président : M. MORÁN (Espagne)

La séance est ouverte à 15 h 10.

ÉLECTION DU BUREAU *(suite)*

1. Le PRÉSIDENT annonce que M. Chouki Sbai (Maroc), M. Abascal Zamora (Mexique) et M. Glatz (Hongrie) ont été élus vice-présidents de la Commission pour les États d'Afrique, les États d'Amérique Latine et les États de l'Europe de l'Est, respectivement.

NOUVEL ORDRE ÉCONOMIQUE INTERNATIONAL : PASSATION DES MARCHÉS *(suite)* (A/CN.9/392; A/CN.9/XXVII/CRP.2 et Add.1, 2 et 3)

Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux, et Guide pour l'incorporation de la Loi type du droit interne *(suite)*

Passation des marchés de services (suite)

2. Le PRÉSIDENT soumet à l'approbation de la Commission le texte de la Loi type de la CNUDCI sur la passation de biens, de travaux et de services, avec les modifications apportées au texte par le Groupe de rédaction selon les indications données au cours des débats (documents A/CN.9/XXVII/CRP.2 et Add.1, 2 et 3).

Document A/CN.9/XXVII/CRP.2

Préambule et chapitre premier

3. Le PRÉSIDENT explique que le préambule et les articles premier, 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13 et 15 ne présentent aucune modification par rapport au texte publié sous la cote A/CN.9/392. L'article 6 a été un peu modifié, et les articles 11 *bis* et 11 *ter* seront renumérotés quand la Commission aura approuvé le texte complet. L'article 14 présente de légères retouches qui visent à l'adapter à la portée qu'aura dorénavant la Loi type, après incorporation de la passation des marchés de services.

4. M. CHATURVEDI (Inde) fait observer qu'au sous-alinéa li de l'alinéa *b* du paragraphe 3 de l'article 7, on a omis la référence à l'alinéa *f* de l'article 41 *ter*.

5. M. LEVY (Canada) rappelle que l'on s'est entendu sur le fait qu'il ne s'agissait pas d'une question de fond mais d'une simple question de forme, car le même texte figure au sous-alinéa iii de l'alinéa *a* du même paragraphe.

6. M. WALLACE (États-Unis d'Amérique) fait observer que, d'après le projet de rapport, la question a été renvoyée au Groupe de rédaction.

7. M. CHATURVEDI (Inde) insiste sur le fait qu'il n'y avait aucune raison de faire disparaître ce texte.

8. Le PRÉSIDENT dit que, s'il n'y a pas d'objections, il considérera que la Commission approuve le préambule et le chapitre premier.

9. *Il en est ainsi décidé.*

Chapitre II

10. Pour M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie), la note de bas de page à laquelle a abouti l'examen de l'article 16 donne l'impression d'aller à l'encontre du principe qui veut que le texte, qui couvre désormais les services, ne doit en aucune manière influer sur le texte original, relatif à la passation des marchés de biens et de travaux. Il est même possible que cette note incite les États à ne pas adopter toute la gamme des méthodes que le texte offre en matière de passation des marchés de services. Comme solution d'accommodement, l'Australie propose de supprimer les deux premières phrases de la note, et de dire simplement que les États "pourront choisir de ne pas incorporer toutes ces méthodes dans leur législation interne", en renvoyant ensuite au paragraphe pertinent du Guide. Il faudra ajouter à celui-ci un paragraphe particulier, indiquant que pour les services il existe en outre la possibilité de se référer au chapitre III *bis*.

11. Mme VERRALL (Royaume-Uni) approuve l'inclusion d'une note de bas de page relative à l'article 16, pour faire ressortir que les États ne sont pas tenus de promulguer la totalité des solutions proposées. Il ne faut en aucun cas que le texte déjà approuvé puisse être touché ou modifié. Si un doute subsiste, il faut le dissiper en supprimant les deux premières phrases, et peut-être même l'ensemble de la note. Dans ce cas-là, il faudra peut-être prévoir une note simple et directe, renvoyant les États aux paragraphes du Guide qui traitent de la question de manière plus détaillée.

12. M. WALLACE (États-Unis d'Amérique) pense qu'il serait dommage de supprimer la note, fruit de laborieuses délibérations. Si elle passe ainsi du texte de la Loi type à l'idée d'un guide, la Commission ne verra jamais le bout du texte définitif, ce qui n'est pas souhaitable. Par conséquent, la délégation américaine demande que, pour cette question au moins, la Commission puisse avoir sous les yeux les paragraphes du Guide où figurera le texte retranché au préambule de la Loi type.

13. M. LEVY (Canada) rappelle qu'il a proposé l'insertion d'une note de bas de page pour faire la lumière sur une question qui préoccupait plusieurs délégations. Depuis le début, le Canada fait remarquer que le texte de la Loi type offre de multiples solutions et que les États ne sont pas obligés de les incorporer toutes dans leur droit interne. De toute manière, la note ne fait pas partie de la loi, et elle n'a donc pas valeur juridique. Le Canada est donc d'accord pour qu'on la supprime, bien qu'elle soit utile puisqu'elle donne une explication aux parties, qui ne liront certainement pas immédiatement le Guide. Si donc on maintient cette note, le Canada serait d'avis d'en conserver les deux dernières phrases et de dire "les États pourront décider de ne pas incorporer toutes les méthodes de passation des marchés dans leur droit interne. Voir à ce propos les paragraphes ... du Guide".

14. M. CHATURVEDI (Inde) est d'avis d'exprimer simplement dans la note l'idée que la Commission a acceptée, que les États ne sont pas obligés d'incorporer toutes les méthodes de passation des marchés prévues dans la Loi type. Il faudrait également supprimer la dernière phrase de la note qui figure au bas de la page de titre du document A/CN.9/XXVII/CRP.2/Add.3, car il ne devrait pas être question du tout du Guide, qui est un document distinct.

15. M. TUVAYANOND (Thaïlande) dit qu'il faut conserver la note de bas de page qu'on avait décidé d'ajouter, pour expliquer aux gouvernements qu'il n'est pas nécessaire d'incorporer dans leur droit interne toutes les méthodes de passation de marchés publics. Chaque État peut choisir les méthodes qui conviennent le mieux à sa situation. Si l'on pouvait modifier le libellé de façon à tenir compte de cette considération, il n'y aurait aucun inconvénient à ce que le texte reste en l'état.

16. M. LOBSIGER (Observateur de la Suisse) préfère maintenir la note de bas de page, qui a été bien rédigée par le Groupe de rédaction et sera précieuse pour le lecteur.

17. M. MELAIN (France) est partisan de maintenir la note de bas de page, notamment à des fins didactiques, pour expliquer les raisons pour lesquelles les États ont la latitude d'incorporer ou non toutes les méthodes de passation des marchés dans leur droit interne, au lieu de renvoyer simplement au Guide. La France, pour sa part, propose de supprimer les deux premières phrases, et de conserver les deux dernières, pour qu'il soit clair que les États ont le choix de ne pas retenir toutes les méthodes proposées.

18. M. WALLACE (États-Unis d'Amérique) pense comme M. Melain que l'avant-dernière phrase de la note devrait donner explicitement les raisons pour lesquelles on dit aux États qu'ils peuvent choisir de ne pas retenir toutes les méthodes de passation de marchés dans leur droit interne.

19. M. TUVAYANOND (Thaïlande) pense qu'il faut conserver la note de bas de page pour que, dans le texte même de la Loi type, les intentions de la Commission soient clairement indiquées. Il ne suffit pas de renvoyer au Guide, qui est un document distinct auquel n'ont pas accès tous ceux qui liront le texte de la Loi type.

20. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie) partage l'opinion de M. Tuvayanond, et ajoute qu'il serait bon que la Commission elle-même se préoccupe avant la fin de la session du passage du Guide qui sera consacré à la question à l'examen.

21. Le PRÉSIDENT annonce que le Secrétariat fera tout son possible pour faire distribuer dans les jours qui viennent le passage du Guide pertinent.

22. M. CHATURVEDI (Inde) dit qu'il ne convient pas de faire référence à un guide que la Commission n'a pas encore vu.

23. Le PRÉSIDENT dit que, s'il n'y a pas d'objections, il considérera que la Commission souhaite maintenir le renvoi au Guide, pourvu que le texte du passage pertinent de celui-ci soit distribué avant la fin de la session.

24. *Il en est ainsi décidé.*

25. Le PRÉSIDENT dit que les articles 17 à 20, dont la portée a été élargie pour qu'ils couvrent aussi les services, ne soulèvent aucun problème majeur. On peut dire la même chose du chapitre III ("Procédure d'appel d'offres"), articles 21 à 35, et du chapitre IV ("Passation des marchés par d'autres méthodes que la procédure d'appel d'offres"), articles 36 à 41, mais s'il faudra en temps utile modifier la numérotation de ce dernier chapitre lorsque l'on y inclura le chapitre supplémentaire sur lequel on s'est déjà entendu. S'il n'y a pas d'objections, il considérera que la Commission souhaite approuver le premier rapport du Groupe de rédaction (A/CN.9/XXVII/CRP.2).

26. *Il en est ainsi décidé.*

Document A/CN.9/XXVII/CRP.2/Add.1

27. M. TUVAYANOND (Thaïlande) dit que, sans préjudice de l'approbation du rapport publié sous la cote A/CN.9/XXVII/CRP.2, il serait indiqué de modifier le titre de la Loi type, qui parle de la "Passation des marchés publics de biens, de travaux et de services", puisqu'il existe déjà une Loi type presque identique sur la passation des marchés de biens et de travaux, ce qui pourrait donner à entendre que l'État peut incorporer à son droit interne la seconde sans tenir compte de la première. Il propose de limiter le projet de Loi type que la Commission est en voie d'examiner à la passation des marchés de services, ce qui ferait bien comprendre que la loi précédente ne concerne que la passation des marchés de biens et de travaux. Ce procédé n'est pas sans rappeler celui que l'on a employé pour le droit des traités, où on a réglé par des conventions séparées les traités entre États et les traités entre organisations internationales, ou entre celles-ci et les États. Il s'agirait ici aussi de textes très proches les uns des autres, mais pas tout à fait identiques.

28. M. WALLACE (États-Unis d'Amérique) dit que l'on pourrait faire droit à l'inquiétude de la Thaïlande dans la note de bas de page. Il rappelle que l'approbation du document CRP.2 ne veut pas dire que l'on approuve aussi le titre du chapitre IV.

29. Le PRÉSIDENT pense comme le représentant des États-Unis qu'il faut considérer à part le nouveau titre du chapitre IV.

30. M. GOH (Singapour), appuyé par M. LEVY (Canada), dit que, pour dissiper toute confusion, il faudrait indiquer l'année d'approbation de la Loi type en question, qui deviendrait "Loi type de la CNUDCI de 1994 sur la passation des marchés publics de biens, de travaux et de services".

31. M. HERRMANN (Secrétaire de la Commission) dit que si l'on mentionne l'année de son approbation dans le titre de la Loi type, cela peut donner à penser qu'elle remplace la Loi type de 1994 de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux.

32. M. GOH (Singapour) propose que l'on se réfère à l'année d'approbation, en expliquant dans la note de la page de titre du document A/CN.9/XXVII/CRP.2/Add.1, pour remédier au problème signalé, que la Loi type ne remplace pas l'ancien texte de 1993.

33. M. CHATURVEDI (Inde) donne raison au Secrétaire de la Commission. Mais il n'en est pas moins certain que lorsque l'on se référera à la Loi type, on parlera de l'année dans laquelle elle a été approuvée, indépendamment du fait que cela figurera ou non dans son titre. Il propose donc d'ajouter une nouvelle phrase avant la dernière phrase de la note de bas de page, qui serait ainsi conçue : "La Loi type sur la passation des marchés publics de biens, de travaux et de services de 1994 ne modifie pas la Loi type de 1993." Il demande en outre si l'on ne pourrait pas dire dans la note "approuvée par l'Assemblée générale" plutôt que "approuvée par la Commission".

34. M. LEVY (Canada) partage l'opinion de la délégation indienne à propos du titre. Cependant, il propose que la dernière partie de la phrase proposée soit ainsi conçue : "ne vise pas à remplacer ladite loi".

35. M. HERRMANN (Secrétaire de la Commission) dit qu'il ne faut pas parler dans la note de l'approbation de la Loi type par l'Assemblée générale, car celle-ci n'approuve pas normalement les textes élaborés par la Commission. Elle se limite à la féliciter d'avoir achevé l'élaboration d'un texte et à convoquer une conférence de plénipotentiaires pour le signer, s'il s'agit d'un projet de convention, ou à recommander aux États Membres de l'appliquer, s'il s'agit d'une Loi type.

36. M. WALLACE (États-Unis d'Amérique) pense qu'il serait préférable de supprimer les phrases "qui a été élargi pour couvrir les marchés publics de services", qui figure à la deuxième phrase de la note, et de mettre à la place une phrase nouvelle ainsi conçue : "Dans cette Loi type des dispositions relatives à la passation des marchés de services ont été ajoutées". Cet énoncé aurait l'avantage supplémentaire d'éviter le problème signalé par le Secrétaire de la Commission.

37. M. LEVY (Canada) dit qu'il faudrait indiquer expressément dans la note que la nouvelle Loi type ne remplacera pas celle de 1993.

38. M. CHATURVEDI (Inde) est prêt à accepter la proposition des États-Unis ou celle du Canada, à condition qu'on ajoute à l'une ou à l'autre la formule suivante : "Mais ne modifie pas la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics de biens et de travaux de 1993 à l'égard des États qui souhaitent l'appliquer".

39. M. AL-NASSER (Arabie saoudite) propose comme titre : "Loi type approuvée par la CNUDCI après inclusion des marchés publics de services dans la Loi type de la CNUDCI sur la passation de marchés publics de biens et de travaux, selon la décision approuvée par la Commission à sa vingt-sixième session".

40. Le PRÉSIDENT dit que, s'il n'y a pas d'objections, il considérera que la Commission souhaite renvoyer le libellé de la note au Groupe de rédaction.

41. *Il en est ainsi décidé.*

Article 11 i ter

42. Le PRÉSIDENT dit que, s'il n'y a pas d'objections, il considérera que la Commission approuve l'article 11 i *ter*.

43. *Il en est ainsi décidé.*

Chapitre III bis, *article 41* bis

44. M. WALLACE (États-Unis d'Amérique), se référant au paragraphe 3 de l'article 41 *bis*, pense qu'il serait utile d'expliquer en quelques mots dans le Guide ce que l'on entend par sollicitation directe, car la Commission n'a pas examiné cette question. D'autre part, l'article ne précise pas quels entrepreneurs ou fournisseurs doivent être exclus quand on applique la méthode de la sollicitation de propositions ou celle de l'avis, ni ce que doit faire l'entité

adjudicatrice si des fournisseurs, qui sont au courant de l'avis ou de la sollicitation, lui proposent leurs services sans y avoir répondu. Il conviendrait donc peut-être que le Guide donne sur ce point quelques indications.

45. M. SHI Zhaoyu (Chine) dit que le titre du chapitre III *bis* n'exprime toujours pas exactement la finalité des articles qu'il regroupe, car il fait penser qu'il y a une méthode normale de passation des marchés et une autre spéciale, applicable lorsque la première ne convient pas, au lieu de dire clairement qu'il s'agit de donner la préférence à la méthode prévue dans ce chapitre.

46. M. CHATURVEDI (Inde) est lui aussi d'avis d'expliquer dans le Guide ce que l'on entend par "sollicitation directe de propositions".

47. M. TUVAYANOND (Thaïlande) dit que, comme l'indique son titre, le chapitre III *bis* se réfère à une méthode spéciale de passation des marchés publics de services, qui ne s'applique que dans des circonstances spéciales, alors que la méthode normale consiste à procéder par voie d'appel d'offres.

Article 41 ter

48. M. WALLACE (États-Unis d'Amérique) dit que l'alinéa *l* de l'article 41 *ter* se contente de renvoyer à l'alinéa *n* du paragraphe 1 de l'article 41 *sexies*, dans une situation où il faudrait indiquer si l'on choisit la méthode du prix le plus bas (alinéa *a* du paragraphe 2 de l'article 41 *sexies bis*) ou la proposition la mieux notée au regard d'autres critères que le prix (alinéa *b* du paragraphe 2 de l'article 41 *sexies bis*).

Article 41 quater

49. M. CHATURVEDI (Inde) propose de modifier l'alinéa *d* du paragraphe 1, en ajoutant le membre de phrase "de la population locale" après l'expression "les compétences scientifiques et opérationnelles".

50. M. LEVY (Canada) dit que l'expression "locale" est très vague, car on ne sait pas s'il s'agit d'une ville, d'une subdivision administrative, d'un État ou d'un pays.

51. M. CHATURVEDI (Inde) dit que si l'expression "population locale" soulève un problème, on pourrait utiliser l'expression "des experts locaux".

52. Le PRÉSIDENT rappelle que la Commission ne doit pas modifier le fond de la Loi type et dit que s'il n'y a pas d'objections, il considérera qu'elle décide d'approuver le deuxième rapport du Groupe de rédaction (A/CN.9/XXVII/CRP.2/Add.1).

53. *Il en est ainsi décidé.*

Document A/CN.9/XXVII/CRP.2/Add.2

Article 41 sexies

54. M. CHATURVEDI (Inde) dit que l'on a ajouté au paragraphe 3 l'adjectif "impartial" après le terme "jury", ce qui constitue une modification du texte initialement approuvé.

55. Le PRÉSIDENT explique que le Groupe de rédaction a décidé d'ajouter le terme "impartial" pour répondre aux inquiétudes de la Banque mondiale.

56. M. WALLACE (États-Unis d'Amérique) dit que, d'après la Banque mondiale, l'impartialité des experts était considérée du point de vue de la passation des marchés, et non de celui de leur nationalité. Le Groupe de rédaction devrait tenir compte de cette considération.

Article 41 sexies ter

57. M. WALLACE (États-Unis d'Amérique) dit que la quatrième ligne du paragraphe 1 de la version anglaise dit "*acceptable*", expression dont on ne se souvient pas que la Commission l'ait acceptée. Dans d'autres articles, il est question de "niveau minimum", expression qui semble beaucoup plus utile.

58. M. LEVY (Canada) rappelle qu'il a proposé l'adjectif "*acceptable*" parce qu'il a des connotations plus positives que l'expression "qui n'ont pas été rejetés". D'autre part, le terme "niveau minimum" vise les propositions et non ceux qui les formulent. Ainsi, même si la proposition atteint un certain niveau, il se peut que l'on n'ait pas confiance dans son auteur.

59. M. WALLACE (États-Unis d'Amérique) dit que, selon le paragraphe 1 de l'article 41 *sexies bis*, l'entité adjudicatrice établira le niveau minimum de la qualité et des aspects techniques. D'autre part, à l'alinéa *a* de l'article 41 *sexies quater*, il est dit que l'entité adjudicatrice établira un niveau minimum conformément au paragraphe 1 de l'article 41 *sexies bis*, c'est-à-dire le niveau minimum de la qualité et des aspects techniques. Ainsi donc, si le principe est valable pour l'article 41 *sexies bis*, il doit l'être aussi pour l'article 41 *sexies quater* et pour l'article 41 *sexies ter*. Pour que le texte soit cohérent il faut utiliser la même expression dans tous ces articles.

La séance est suspendue à 17 h 10; elle reprend à 17 h 40.

60. Le PRÉSIDENT, se référant au problème soulevé par le fait que le Groupe de rédaction a remplacé dans son texte le terme "seuil" par "niveau minimum", constate que certaines délégations interprètent la substitution comme s'il s'agissait de fixer un niveau trop bas. Il déclare ne pas partager cette opinion car, à son avis, le niveau minimum doit être déterminé par l'entité adjudicatrice. C'est un détail, qui se trouve en quelque sorte résolu par la disposition où sont établies les conditions que doivent réunir les propositions présentées à l'entité adjudicatrice.

61. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie), appuyé par M. CHATURVEDI (Inde), déclare que, s'il y a des problèmes de ce genre pour concilier les divergences de vues, le mieux serait de laisser le texte en l'état.

62. M. WALLACE (États-Unis d'Amérique) est prêt à accepter la suggestion de l'Australie, mais il fait remarquer qu'il parlait pour sa part du paragraphe 1 de l'article 41 *sexies ter* et qu'il s'agit dans ce cas d'une question de fond. On pourrait la régler en modifiant le libellé de cette dernière disposition, de manière qu'elle se lise : "Elle engage des négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs qui ont soumis des propositions qui satisfont à un certain niveau minimum, en matière de qualité et de technique".

63. M. LEVY (Canada) dit que la formule proposée par les États-Unis soulève une question de fond, car elle incorpore la notion de seuil dans cette disposition, alors qu'elle n'y était pas auparavant. À son avis, si on n'arrive pas à s'entendre, le mieux serait de s'en tenir au texte qui figure dans le document A/CN.9/XXVII/CRP.2/Add.2, qui est celui qu'a préparé le Groupe de rédaction.

64. M. CHATURVEDI (Inde) approuve la proposition des États-Unis, qui lui semble logique puisqu'au paragraphe 1 de l'article 41 *sexies bis* figure l'expression "niveau minimum".

65. M. GOH (Singapour) approuve lui aussi la proposition des États-Unis, et rappelle qu'à l'article 41 *sexies* on utilisait au départ la notion de seuil en l'appliquant au niveau de qualité et aux aspects techniques.

66. M. BONELL (Italie) estime également qu'il s'agit d'une question de fond. L'histoire du paragraphe 1 de l'article 41 *sexies*

ter montre qu'à l'origine le projet visait les propositions qui n'étaient pas rejetées. Cette situation diffère de celle que vise l'article 41 *sexies bis* et *sexies quater*, qui reconnaissent explicitement qu'il faudra établir un niveau minimum. On dit ensuite que l'entité adjudicatrice, une fois qu'elle aura choisi la méthode de passation des marchés, devra établir ce niveau minimum, ce qui ne figure pas à l'article 41 *sexies ter*. Ainsi, si l'on modifie le libellé actuel, il faut restructurer l'ensemble du paragraphe, et l'harmoniser avec d'autres procédures.

67. M. TUVAYANOND (Thaïlande) dit que le texte devrait se référer aux propositions qui n'ont pas été rejetées, car entamer des négociations sur des propositions déjà repoussées n'aurait aucun sens.

68. Le PRÉSIDENT propose de conserver tel quel le texte original du document A/CN.9/XXVII/CRP.2/Add.2 et d'y ajouter un article habilitant l'entité adjudicatrice à déterminer les caractéristiques des propositions qu'elle souhaite prendre en considération.

69. M. WALLACE (États-Unis d'Amérique) dit que le choix entre le niveau minimum ou des propositions acceptables ou qui n'ont pas été repoussées soulève un point de fond, que sa délégation a fait valoir en temps opportun. Il indique également que le terme "seuil", utilisé à l'origine, rendait mieux l'idée que l'on souhaitait exprimer.

La séance est levée à 18 h 5.

Compte rendu analytique de la 536e séance

Vendredi 10 juin 1994, à 10 heures

[A/CN.9/SR.536]

Président : M. MORÁN (Espagne)

La séance est ouverte à 10 h 15.

NOUVEL ORDRE ÉCONOMIQUE INTERNATIONAL : PASSATION DES MARCHÉS *(suite)* (A/CN.9/XXVII/CRP.2 et Add.1 à 3)

1. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à poursuivre l'approbation du rapport du Groupe de rédaction et à lui faire savoir s'ils souscrivent à la proposition tendant à remplacer dans les articles 41 *sexies bis* et 41 *sexies quater* (A/CN.9/XXVII/CRP.2/Add.2) l'expression "niveau minimum" par "seuil".

2. M. JAMES (Royaume-Uni) déclare que sa délégation est toute disposée à accepter cette proposition et se prononce pour le maintien, cette modification mise à part, des articles 41 *sexies bis*, 41 *sexies ter* et 41 *sexies quater* tels qu'ils apparaissent dans le document A/CN.9/XXVII/CRP.2/Add.2.

3. Le PRÉSIDENT dit qu'en l'absence d'objections il considérera que la Commission approuve le document A/CN.9/XXVII/CRP.2/Add.2 avec pour seule modification le remplacement des mots "niveau minimum" par "seuil".

4. M. HERRMANN (Secrétaire de la Commission) suggère de remplacer l'intitulé actuel du chapitre III *bis* "Méthode spéciale pour la passation des marchés de services" (A/CN.9/XXVII/CRP.2/Add.1) par "Méthode principale pour la passation des marchés de services". Cette modification aurait le mérite de mieux faire apparaître qu'il faut entendre par "les autres méthodes de passation des marchés" (chap. IV) les méthodes autres que la méthode principale, c'est-à-dire, dans le cas des marchés des biens et de travaux, autres que l'appel d'offres (chap. III) et, dans celui des marchés de services, autres que la méthode visée au chapitre III *bis*.

5. M. JAMES (Royaume-Uni), M. LÉVY (Canada), M. CHATURVEDI (Inde), M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie), M. GOH (Singapour) et M. SHI Zhaoyu (Chine) déclarent appuyer la proposition du Secrétaire.

6. Le PRÉSIDENT invite la Commission à passer au document A/CN.9/XXVII/CRP.2/Add.3 qui contient une note de bas de page concernant l'article 16 sur les méthodes de passation des marchés, et le chapitre V consacré aux recours.

7. M. LEVY (Canada) dit que sa délégation approuve entièrement ce document. Il demande si, dans la version de la loi type qui paraîtra dans le rapport de la Commission, les articles seront renumérotés de façon à éviter les *bis, ter, quater, quinquies*, etc.

8. M. HERRMANN (Secrétaire de la Commission) répond que tel sera le cas. Il en profite pour signaler aux délégations que la version définitive qui paraîtra dans le rapport de la Commission sera, pour les six langues, une version éditée. C'est donc à cette version qu'elles devront se référer à l'avenir et non pas au texte qui leur sera distribué en fin de session.

9. M. CHATURVEDI (Inde) rappelle que sa délégation a exprimé des réserves sur diverses dispositions au cours du débat sur le chapitre V. Il espère qu'il en sera rendu compte dans le rapport. Le Guide pour l'incorporation de la loi type n'étant pas près de paraître, il se demande s'il est opportun d'y faire référence dans la note de bas de page.

10. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie) demande si l'on conservera, dans la version définitive, un chapitre III *bis* de façon que la numérotation des autres chapitres corresponde à celle des chapitres de la loi type sur la passation des marchés de biens et de travaux ou si l'on renumérotera les chapitres à partir du chapitre III. Il serait, pour sa part, favorable à la deuxième solution.

11. Le PRÉSIDENT répond qu'il serait effectivement préférable de renuméroter les chapitres. S'il n'y a pas d'autres observations, il considérera que la Commission approuve le document A/CN.9/XXVII/CRP.2/Add.3.

ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL : PROJET DE DIRECTIVES POUR LES CONFÉRENCES PRÉLIMINAIRES DANS LE CADRE DES PROCÉDURES ARBITRALES *(suite)* (A/CN.9/396/Add.1)

Chapitre III, section B (suite)

12. M. HOLTZMANN (États-Unis d'Amérique), se référant à la section B de la liste de contrôle annotée (A/CN.9/396/Add.1, partie III), dit que, s'il est certes important que toute objection concernant la compétence ou la composition du tribunal arbitral soit présentée le plus tôt possible, avant que la procédure ne soit déjà avancée, on ne doit pas préconiser de soulever ces deux questions lors d'une conférence préparatoire, et ce, pour diverses raisons dont la plus convaincante est l'incompatibilité avec le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international.

13. S'agissant des objections concernant la composition du tribunal arbitral, tant le Règlement que la Loi type disposent qu'une partie qui souhaite récuser un arbitre doit le faire dans les quinze jours suivant la date à laquelle elle a eu connaissance du fait motivant la récusation. Si ce fait est venu à sa connaissance avant la conférence préparatoire, elle ne peut donc attendre la conférence pour agir, à moins que celle-ci n'ait lieu dans les quinze jours, ce qui serait pure coïncidence. D'autre part, une partie qui renoncerait, à la conférence préparatoire, à son droit de faire objection et qui découvrirait par la suite un motif de récusation ne devrait pas être privée du droit de se prévaloir du délai de quinze jours imparti par le Règlement ou la Loi type ni d'ailleurs de tout autre délai imparti par un autre règlement ou par la loi nationale.

14. Pour ce qui est des objections quant à la compétence du tribunal arbitral, M. Holtzmann rappelle que, conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, la communication à la partie adverse d'une simple notification d'arbitrage suffit pour que la procédure d'arbitrage soit réputée être commencée, la requête pouvant être adressée plus tard au défendeur dans un délai — de plusieurs semaines ou même de plusieurs mois — fixé par le tribunal arbitral, lequel fixe également le délai dans lequel le défendeur doit communiquer sa réponse. Or, dans la pratique, il est fréquent que ces délais soient fixés en consultation avec les parties lors de la conférence préparatoire justement. Il serait dès lors tout à fait inapproprié de demander à une partie si elle a une objection quant à la compétence du tribunal arbitral avant même qu'elle ne dispose de la requête proprement dite et de l'ensemble du dossier. De plus, aux termes du Règlement d'arbitrage et de la Loi type, l'exception d'incompétence doit être soulevée au plus tard lors du dépôt de la réponse. Demander aux parties, dès le stade de la conférence préparatoire, si elles ont une objection quant à la compétence reviendrait donc non seulement à leur demander de se prononcer avant qu'elles ne disposent des éléments d'information voulus mais aussi à réduire le délai imparti dans le régime établi par la CNUDCI elle-même en matière d'arbitrage.

15. M. BONELL (Italie) souscrit entièrement aux observations du représentant des États-Unis. Comme le représentant de la Thaïlande, il pense que la question de la compétence du tribunal ne devrait pas être abordée dans ce cadre et rappelle qu'aux termes du paragraphe 2 de l'article 16 de la Loi type, "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". On peut donc indifféremment soulever la question au début de la procédure ou ultérieurement, selon les circonstances particulières de l'affaire. Il ne faut pas surestimer le rôle que pourrait jouer une conférence préparatoire. En particulier, ce n'est pas l'instance appropriée pour discuter de la loi applicable ou de l'intérêt d'un arbitrage *ex aequo et bono*.

16. M. ABASCAL ZAMORA (Mexique) fait siens les arguments du représentant de l'Italie et pense qu'il faudrait prévoir dans la liste le cas où une partie contesterait la compétence d'un arbitre et lui demanderait de se récuser. En préparant sa défense, une partie pourrait élever une telle contestation et c'est pourquoi la question devrait être inscrite sur la liste des questions à examiner. La décision de le faire doit incomber aux parties et non aux membres du tribunal arbitral — même en consultation avec les parties, pour que cela ne puisse pas donner lieu à un contre-mémoire.

17. M. CHATURVEDI (Inde) pense aussi que la question de la compétence ne devrait pas être inscrite sur la liste. Ce n'est pas aux arbitres de la soulever, mais aux parties, qui peuvent le faire à tout moment au cours de la procédure.

18. Pour M. TUVAYANOND (Thaïlande), la loi type prévoit en ses articles 12 et 13 que les parties peuvent récuser la composition du tribunal arbitral à tout moment, et pas seulement dans un délai de quinze jours. Le délai de quinze jours ne court qu'à partir du moment où les faits motivant la récusation sont connus. Dès qu'elles en ont connaissance, que ce soit au moment de la constitution du tribunal ou lors de la procédure arbitrale, les parties sont libres de formuler une objection. On ne voit pas pourquoi il faudrait leur refuser la possibilité de le faire dans le cadre des conférences préparatoires. Les directives précisent que tout problème pouvant se poser à cet égard doit être résolu au stade initial de la procédure, mais la question du "mandat" du tribunal devrait être précisée. La conférence préparatoire offre l'occasion de soulever des objections concernant une interprétation réputée contraire au mandat des arbitres tel qu'il est compris par les parties. La notion de compétence est exposée de manière plutôt vague dans les directives. La compétence du tribunal arbitral devrait être clairement énoncée dans le compromis. L'on ne devrait pas aborder cette question dans cette partie du texte.

19. M. HERRMANN (Secrétaire de la Commission) pense que la distinction faite par le représentant de la Thaïlande entre "mandat" et "compétence" relève davantage de la terminologie que du fond. Au sens de la Loi type et du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, la compétence des arbitres pour trancher le différend découle directement du compromis relatif à ce différend. Il faut que le compromis s'applique au différend dont le tribunal est saisi et c'est là qu'intervient l'idée de mandat, qu'englobe la notion de compétence. M. Herrmann croit comprendre qu'au point B il s'agit seulement de chercher à savoir si les arbitres sont en fait des arbitres et pas simplement trois personnes qui n'ont rien à voir avec le différend, c'est-à-dire si les arbitres ont été choisis par les parties pour régler le différend. Un second élément de la notion de mandat a été évoqué par le représentant de l'Italie lorsqu'il a cité le paragraphe 2 de l'article 16 de la Loi type. Si, à un stade ultérieur de la procédure, l'une des parties pense qu'un point soulevé au cours des débats ne relève pas du compromis et qu'en conséquence le tribunal n'est pas compétent, ou mandaté, pour se prononcer à son sujet, alors il est normal qu'elle conteste la compétence des arbitres. Mais cela n'arrive en général qu'à un stade très avancé de la procédure et l'on peut donc négliger cet aspect dans le cadre des conférences préparatoires. Plusieurs représentants, dont celui de la Thaïlande, ont fait valoir qu'on ne devrait pas interdire aux parties d'aborder certaines questions au cours des conférences préparatoires. Mais il s'agit ici des points que le tribunal arbitral peut soulever d'office, et il est inconcevable que le tribunal élève lui-même une objection quant à sa propre compétence. C'est pourquoi M. Herrmann ne pense pas qu'il faille inscrire la question à l'ordre du jour, mais cela n'empêche pas les parties de la soulever. Interdire d'aborder une question parce qu'elle n'est pas inscrite à l'ordre du jour paraît être une attitude trop formaliste.

20. La notion d'objection quant à la composition du tribunal arbitral n'a rien à voir avec celle de la procédure de récusation. On traite au point B de la méthode de nomination, et certainement pas de l'impartialité ou de la compétence de l'arbitre. Ce que l'on cherche à savoir, c'est si l'arbitre a bien été désigné par l'autorité compétente et si l'on a bien respecté toutes les conditions de forme. L'intention n'était nullement d'aborder des questions visées aux articles 12, 13 et 14 de la Loi type.

21. M. TUVAYANOND (Thaïlande) dit que le mandat — ou la compétence — du tribunal arbitral est normalement spécifié dans le compromis. On voit mal pourquoi une partie protesterait contre une disposition qu'elle aurait elle-même acceptée. Certes, il serait utile de soulever toute question pouvant se poser quant à la compétence ou au mandat du tribunal arbitral, mais seulement à des fins d'éclaircissement et pas sous forme d'objection. Autoriser une partie à soulever une question non inscrite à l'ordre du jour n'est pas équitable pour la partie qui, prise de court, sera obligée d'improviser alors que l'autre aura eu le temps de préparer son intervention. En ce qui concerne la nomination des arbitres, s'il y a eu des irrégularités, on peut élever une objection mais on peut aussi récuser les arbitres eux-mêmes à tout moment après leur nomination, à condition qu'il ne se soit pas écoulé plus de quinze jours à compter du moment où le motif de l'objection est apparu.

22. M. CHOUKRI SBAI (Maroc) dit qu'il est normal qu'un règlement d'arbitrage traite de la notion de mandat ou de compétence et des moyens qui permettent d'établir la composition du tribunal arbitral. C'est le compromis qui définit ce mandat. La délégation marocaine souhaiterait que le point B soit rédigé d'une manière un peu plus neutre, en indiquant par exemple qu'une partie peut avoir de bonnes raisons de soulever la question de la composition du tribunal si elle a des doutes ou des objections à ce sujet. L'important est d'éviter de former un jugement de valeur en déclarant qu'une objection risque de causer des retards ou de jeter le doute sur la compétence du tribunal.

23. M. HERRMANN (Secrétaire de la CNUDCI) croit déceler dans l'esprit des délégations un malentendu né d'une rédaction plutôt malheureuse. La première phrase des remarques du paragraphe B ("il n'est peut-être pas toujours souhaitable") s'applique au tribunal arbitral. Elle ne vise pas du tout le comportement de l'une ou l'autre partie, qui ne fait l'objet d'aucun jugement de valeur. Il s'agit seulement d'appeler l'attention sur les avantages ou les inconvénients de telle ou telle méthode, comme on l'a fait tout au long du texte des Directives.

24. M. GOH (Singapour) partage l'opinion du représentant des États-Unis : la question de l'objection ne devrait pas figurer dans la liste de contrôle annotée. L'arbitrage commence au moment où les parties désignent les arbitres. Lorsque se tient une conférence préparatoire, la procédure a déjà commencé depuis quelque temps et toute objection quant à la compétence d'un arbitre devrait déjà avoir été soulevée.

25. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie) pense lui aussi qu'il vaudrait mieux supprimer le point B, ou alors le rédiger d'une manière beaucoup moins précise, en indiquant par exemple que le tribunal devrait chercher à savoir si les deux parties acceptent sa composition. Le règlement d'arbitrage prévoit des procédures pour contester la composition du tribunal, et il ne faut pas encourager les parties à élever des objections à ce sujet.

26. M. JONKMAN (Observateur de la Cour permanente d'arbitrage) dit qu'il convient de préciser l'optique dans laquelle se situe la discussion. Si l'on se place dans la perspective de directives, dont l'objet est de donner des suggestions aux parties pour les aider à organiser l'arbitrage de la manière la plus efficace possible, alors mieux vaut effectivement ne pas inscrire cette question à l'ordre du jour ni même en traiter dans le document. S'il s'agit par contre d'un simple aide-mémoire, d'une liste de questions qui pourraient se poser un jour, alors il pourrait être utile de garder ce point.

27. M. HERRMANN (Secrétaire de la Commission) croit comprendre que l'objet de la liste n'est pas d'être un répertoire neutre de tous les cas de figure qui peuvent se présenter mais d'exposer les avantages et les inconvénients de telle ou telle ligne de conduite et les risques qu'elle peut comporter. En ce sens, les annotations qu'elle contient sont des directives.

28. M. HOLTZMANN (États-Unis d'Amérique) dit que la distinction entre "mandat" et "compétence" est artificielle. On peut imaginer, par exemple, que si la clause compromissoire stipule qu'un tribunal arbitral doit trancher le différend sur la base du droit interne d'un pays donné, toute invocation du droit d'un autre pays sortirait de son "mandat". Mais on pourrait aussi bien dire que le tribunal n'a pas compétence pour juger sur la base du droit d'un autre pays.

29. S'agissant de l'objection quant à la composition du tribunal arbitral, l'intention n'était pas d'y inclure la notion de "récusation". On pourrait résoudre le problème en n'utilisant pas le mot "composition" ou en en précisant le sens. Il est certain que si un tribunal arbitral est indûment constitué, c'est-à-dire si les personnes agissant en tant qu'arbitres n'ont pas été mandatées à cet effet par le compromis, la question de la compétence du tribunal se pose. Cependant, ce n'est pas dans le cadre du point B mais dans celui du point D de l'ordre du jour, relatif à la définition des questions à examiner et à l'ordre dans lequel elles seront tranchées, qu'il convient de discuter des objections concernant la compétence. Enfin, le fait de ne pas soulever une question au moment précisément prévu par les directives ne devrait pas empêcher de le faire à un autre moment, conformément au règlement d'arbitrage ou à la loi applicable. Il s'agit toutefois de protéger les parties contre leurs propres erreurs et d'éviter que des différends ne surgissent ultérieurement à propos de la compétence ou de la composition du tribunal.

30. M. HERRMANN (Secrétaire de la Commission) dit que la question qu'il avait évoquée n'était pas de savoir si le fait pour une partie de ne pas avoir soulevé une objection lors d'une conférence préparatoire l'empêcherait de le faire ultérieurement, mais simplement de savoir s'il était interdit à une partie, lors d'une conférence préparatoire, de soulever un point qui ne serait pas inscrit à l'ordre du jour de cette conférence.

La séance est suspendue à 11 h 45; elle est reprise à 12 h 15.

31. M. DUCHEK (Autriche) est d'avis qu'il vaudrait mieux supprimer le point B. S'agissant de savoir si la question de la loi applicable quant au fond peut être examinée lors de la conférence préparatoire, M. Duchek fait observer qu'il peut arriver que cette question soit soulevée par les parties à ce stade, à l'occasion de la définition des points litigieux (point D i de la liste de contrôle) ou des faits ou questions non contestés (point E) car, dans certaines situations, des faits peuvent être pertinents au regard de la législation d'un pays mais non de celle d'un autre. Dès l'instant où on planifie la procédure, on peut avoir à trancher la question de la loi applicable et il peut être utile que les parties se mettent d'accord sur ce point au stade de la conférence préparatoire. Cette éventualité doit être prévue dans les directives.

32. M. CHATURVEDI (Inde) estime que la Commission se doit d'établir des directives et non une simple liste indicative, et qu'elle doit par conséquent faire preuve de circonspection lorsqu'elle examine un point ou décide de le retenir. S'agissant du point B de la liste de contrôle, les parties sont libres d'aborder ou non la question de la compétence et de la composition du tribunal arbitral et elles peuvent le faire à tout moment. Elles ont cependant intérêt à soulever la question le plus tôt possible, afin d'économiser du temps et de l'argent. En revanche, il n'appartient pas aux arbitres de décider si la question de la compétence et de la composition du tribunal doit être posée ou non. Pour éviter qu'ils en prennent l'initiative, il serait préférable de supprimer le point B ou de le modifier.

33. M. TUVAYANOND (Thaïlande) dit que le point B a son utilité et que la solution serait peut-être effectivement de le reformuler en employant les mots "accepter" ou "approuver". Le tribunal arbitral doit pouvoir demander des éclaircissements sur son

mandat. S'agissant par exemple de la loi applicable quant au fond, à supposer que les parties aient choisi un droit national et que la loi applicable ne soit donc pas contestée, les arbitres peuvent pour leur part avoir besoin de se faire préciser si on considère le droit en l'état ou la législation telle qu'elle se présentait à une date donnée. La délégation thaïlandaise accepterait la suppression du point B, mais à condition que la question de la compétence et celle de la loi applicable figurent bien sous le point D. Il importe en effet que le tribunal puisse demander des éclaircissements lors de la conférence préparatoire pour éviter ultérieurement les manœuvres dilatoires, d'ailleurs très coûteuses pour tout le monde.

34. M. SEKOLEC (Service du droit commercial international) dit que, de l'avis des praticiens consultés par le Secrétariat, la question de la loi applicable quant au fond peut être abordée sous le point D i, mais seulement pour décider s'il convient ou non de l'examiner ultérieurement. En effet, définir la loi applicable et constater qu'il y a accord ou non sur le droit à appliquer sont deux choses différentes. Il s'agit en outre d'une question sur laquelle les parties peuvent vouloir présenter des exposés écrits, ce qui n'est pas envisageable lors d'une conférence préparatoire, qui intéresse la procédure.

35. M. SHI Zhaoyu (Chine) est d'avis que la section B doit être maintenue et, au besoin, modifiée compte tenu de l'avis des délégations. La liste de contrôle des questions susceptibles d'être examinées lors de la conférence préparatoire doit être aussi longue que possible et le tribunal arbitral doit pouvoir, lorsque les circonstances s'y prêtent, entendre aussi toutes objections des parties vis-à-vis de sa compétence et de sa composition, et ce, au tout début de la procédure. De leur côté, les parties doivent pouvoir soulever la question lorsqu'elles le jugent approprié.

36. M. OLIVENCIA (Espagne) estime que, pour importante qu'elle soit, la question de la compétence et de la composition du tribunal arbitral ne doit pas être inscrite à l'ordre du jour de la conférence préparatoire. En effet, dès lors qu'il est établi un ordre du jour énumérant les questions devant être examinées, il n'y a pas de raison de traiter de questions qui n'y sont pas inscrites, et le tribunal ne devrait pas, de son propre chef, proposer un ordre du jour dans lequel il poserait la question de savoir si les parties contestent sa compétence ou sa composition.

37. De l'avis de la délégation espagnole, une conférence préparatoire convoquée au début de la procédure pourrait être l'occasion de déterminer si les parties contestent la compétence ou la composition du tribunal arbitral, mais l'initiative doit en être laissée à ces dernières. Dans la mesure où il s'agit là de questions préalables, il serait indiqué de poser à titre préliminaire, à l'occasion d'une conférence préparatoire convoquée très tôt dans la procédure, la question de savoir si elles ne font pas l'objet d'objections et, à défaut, d'en faire la constatation, mais non de l'inscrire à l'ordre du jour de la conférence préparatoire proprement dite. Cela étant, la délégation espagnole propose de modifier la section B pour éviter de donner à entendre qu'il s'agit là d'un point de l'ordre du jour suscité par le tribunal arbitral.

38. Pour ce qui est de la nature des Directives à l'examen, la délégation espagnole les conçoit comme un guide, à l'exemple du Guide juridique de la CNUDCI, un guide étant censé offrir et analyser des données, décrire la matière considérée, recenser les difficultés éventuelles, peser le pour et le contre de différentes démarches, proposer diverses options et, enfin, recommander des démarches prudentes. Il faudrait voir dans les présentes directives un instrument qui, sans revêtir un caractère impératif ni préjuger en rien telle ou telle question, est destiné à l'usage des arbitres.

39. Quant à leur champ d'application, les Directives, loin d'être destinées à être appliquées exclusivement dans le cadre du règlement d'arbitrage de la CNUDCI, de l'arbitrage institutionnel ou des règlements d'institutions arbitrales, doivent revêtir un caractère général, sans que cela exclue que l'on indique qu'en cas d'application du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, la procédure considérée sera régie par telles ou telles dispositions de cet instrument.

40. C'est pourquoi la délégation espagnole propose de créer un groupe de travail à l'issue de la conférence du Conseil international pour l'arbitrage commercial de manière à ménager plus de temps pour procéder à un échange de vues plus approfondi sur le document à l'examen.

41. M. BONELL (Italie) souhaiterait que le Président fasse le point du débat au fur et à mesure de son évolution.

42. Le PRÉSIDENT estime que, dans la mesure où l'objet du débat est de procéder à un échange de vues sur le document établi par le Secrétariat en vue de recueillir les avis des délégations de manière à pouvoir présenter un document plus étoffé au groupe de travail dont la création est envisagée, le Secrétariat serait mieux placé pour faire une synthèse des débats ou dégager, si nécessaire, les points sur lesquels il souhaiterait solliciter des précisions auprès des délégations.

Chapitre III, section C

43. M. LEVY (Canada), tout en convenant qu'il serait utile de créer un groupe de travail, se demande si ce groupe de travail ne sera pas limité dans ses travaux du fait que la Commission aura examiné le document à sa vingt-septième session et arrêté sa position sur ce sujet.

44. La section C, quant à elle, inspire certaines réserves à la délégation canadienne, en ce sens qu'elle invite un arbitre non expérimenté à entreprendre le rôle de médiateur, risquant ainsi de conduire les parties à un processus ou un résultat non escompté. Or, il n'appartient pas à un arbitre de s'immiscer dans les affaires de règlement. Aussi faudrait-il indiquer dans cette section que l'arbitre devrait être tenu au courant de toutes tractations en vue d'un règlement sans pour autant y participer. Il est inopportun de soulever la question du règlement à l'occasion de la conférence préparatoire. Toutefois, comme il existe dans ce domaine une différence d'approche entre les États du continent européen et les États-Unis, le Royaume-Uni, le Canada et les pays du Commonwealth, par exemple, faute de supprimer purement et simplement toutes les dispositions mises entre crochets, la meilleure solution serait à tout le moins de mettre sérieusement en garde contre les dangers d'une telle pratique.

45. M. ABASCAL ZAMORA (Mexique), souscrivant à l'opinion de la délégation canadienne, fait valoir que l'arbitre a un rôle différent de celui du médiateur. En effet, sa mission consiste à établir la vérité, le contenu de la convention entre les parties, leur comportement et ensuite à rendre une décision qui s'impose à celles-ci. Le médiateur, quant à lui, a pour rôle de chercher à comprendre les positions des deux parties et de les amener à s'entendre et à accepter une solution à leur différend. Lorsqu'un arbitre se mue en médiateur, il risque de perdre son impartialité et d'acquérir des préjugés lors de la conciliation, risquant ainsi de compromettre un règlement éventuel.

46. A l'évidence, la meilleure manière pour un arbitre de favoriser la conciliation est de s'acquitter de sa mission d'arbitre, de sorte que les parties, voyant qu'il procède de manière raisonnable dans la recherche d'une solution, commencent à songer à faire de même. En tout état de cause, s'il faut admettre que la pratique consistant pour un arbitre à assumer un rôle de conciliateur existe dans nombre de pays, il faudrait mettre en garde contre les dangers qu'elle comporte.

La séance est levée à 13 heures.

Compte rendu analytique de la 537e séance

Vendredi 10 juin 1994, à 15 heures

[A/CN.9/SR.537]

Président : M. MORÁN (Espagne)

La séance est ouverte à 15 h 10.

ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL : PROJET DE DIRECTIVES POUR LES CONFÉRENCES PRÉPARATOIRES DANS LE CADRE DES PROCÉDURES ARBITRALES *(suite)* (A/CN.9/396/Add.1)

Chapitre III, section B (suite)

1. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie) considère que le moment est venu pour la Commission de prendre certaines décisions fondamentales, celle par exemple de conserver ou de supprimer la section B. Il semble que la majorité des membres soit en faveur de la faire disparaître, bien que certaines délégations aient soutenu la proposition australienne visant à modifier le titre et les remarques, pour leur donner une tournure plus positive. La délégation australienne est pour sa part disposée à approuver l'une ou l'autre solution, mais il lui semble qu'il faudrait préciser, aux fins de la conférence que tiendra en novembre le Conseil international de l'arbitrage commercial, si la Commission s'est ou non entendue sur la suppression de cette section.

Chapitre III, section C

2. M. TUVAYANOND (Thaïlande) n'est pas en faveur de la disparition de la section C. Il suffirait d'apporter quelques retouches au libellé, ce que l'on pourrait confier au Secrétariat. Ce qui doit être clair, c'est qu'il ne faut pas confondre les fonctions du tribunal d'arbitrage avec celles du médiateur ou du conciliateur. De toute manière, le tribunal arbitral doit être au courant de l'existence des négociations qui se tiennent en dehors de l'arbitrage, et être informé de leurs résultats éventuels.

3. M. ANDERSEN (Danemark) dit que la Commission doit prendre une décision sur la liste des questions à examiner à la conférence préparatoire avant la fin de la session. Il est inutile de convoquer pour cela un groupe de travail.

4. La section C doit rester en l'état. Il est difficile de voir les relations qu'il y a entre l'éventualité où le tribunal arbitral chercherait à savoir s'il est possible de résoudre les différends par accord entre les parties, et le fait de donner au tribunal arbitral la fonction de conciliateur ou de médiateur. Les remarques sur la confusion qui peut se faire entre les fonctions visent en réalité des questions différentes et il faudrait s'en dispenser, ou, en tout cas, en faire état dans une section distincte. Il ne faut pas oublier que tous les pays n'ont pas les mêmes traditions juridiques, ni le même nombre d'avocats. La procédure d'arbitrage est coûteuse, et peut-être les parties souhaiteraient-elles l'éviter dans toute la mesure possible.

5. M. BONELL (Italie) dit que les paragraphes 1 et 2 de la section C doivent ou disparaître ou être radicalement modifiés. Il faudrait en particulier supprimer la dernière phrase du paragraphe 1 et l'ensemble du paragraphe 2. Là-dessus, la délégation italienne n'est pas d'accord avec celle du Danemark, car on fait en Italie une distinction très nette entre la fonction d'arbitre et celle de conciliateur, ou d'autres fonctions analogues. Il n'est pas bon de confondre les deux. La situation est différente de celle dans laquelle le tribunal est prié d'enregistrer un accord intervenu entre les parties, parce qu'en l'occurrence le tribunal a géré selon une procédure parallèle celle de l'arbitrage, pour assurer la promotion d'un accord.

6. M. SHIMIZU (Japon) est contre l'élimination des paragraphes 1 et 2 qui, comme le reste des Directives, donne des renseignements utiles pour les juristes qui auront à intervenir dans une procédure d'arbitrage et doivent être informés de l'existence d'opinions dissidentes sur ce point. De toute manière, on pourrait reconsidérer l'emplacement des paragraphes en cause.

7. M. ANDERSEN (Danemark) explique qu'au Danemark, également, on fait une distinction entre la fonction d'arbitrage et celle de conciliateur et de médiateur. Cela dit, les tribunaux doivent essayer, dès la première audience, de faire s'accorder les parties. Le tribunal, après avoir pris connaissance de toutes les pièces soumises par les parties, peut avérer si celles-ci souhaitent arriver à un accord, opération qui peut être particulièrement utile quand une des parties est une institution d'État, à qui il serait autrement difficile d'approuver une solution concertée.

8. M. HOLTZMANN (États-Unis d'Amérique) rappelle que les paragraphes 1 et 2 sont entre crochets, ce qui indique que si on les supprime, on ne compromettra en rien la finalité des Directives. La question a été résumée avec le Comité de l'arbitrage international, groupe de consultants de l'Association d'arbitrage des États-Unis, qui a indiqué que les paragraphes 1 et 2 devaient disparaître parce que, entre autres raisons, ils étaient hors sujet.

9. Il faudrait aussi demander au Groupe de rédaction de modifier le texte de la section C. A la conférence préparatoire, il s'agit seulement de vérifier s'il existe des circonstances qui pourraient modifier le calendrier de l'arbitrage, par exemple le fait que les parties sont disposées à parvenir à une solution de gré à gré, ou l'éventualité que des négociations se tiendraient à cet effet par exemple. En revanche, il ne faut pas à ce moment-là se mettre à envisager les conditions d'un arrangement possible, ni à entreprendre un processus de conciliation, sauf si les parties en font la demande. Cependant, le titre même de cette section C ("Possibilité de règlement du différend") laisse entendre que le tribunal arbitral intervient.

10. La raison qui inciterait à ne pas retenir les paragraphes 1 et 2 tient à ce que les opinions sont très partagées sur le point de savoir s'il faut que l'arbitre agisse aussi comme un conciliateur. Il existe dans le monde des pratiques très diverses, même dans différentes branches de l'activité commerciale d'un même pays, comme c'est le cas aux États-Unis. Les normes et les pratiques à l'égard de la fonction reconnue aux tribunaux dans certains pays sont également différentes, comme l'a rappelé le représentant du Danemark. Peut-être faudrait-il tenir compte des normes d'éthique professionnelles fixées il y a quelques années par l'Association d'arbitrage des États-Unis et l'Association des avocats des États-Unis, selon lesquelles les arbitres ne peuvent en principe agir comme conciliateurs, tout en étant moralement habilités à le faire si les deux parties le réclament; ce qui est totalement différent du cas de l'arbitre qui offrirait ses services.

11. M. LEVY (Canada) dit qu'il ne s'oppose pas à l'institution de groupes de travail lorsque leurs travaux peuvent être utiles, mais il lui semble qu'un groupe de travail n'aurait pas les coudées franches puisque la Commission aurait elle-même déjà donné son avis sur les différents points.

12. M. ZHANG Qitun (Chine) pense qu'il faut conserver la section C et laisser son application au jugement des arbitres de chaque pays, puisque tous les pays n'ont pas le même système judiciaire. En Chine, la fonction d'arbitre se combine à celle de conciliateur, et l'expérience a été concluante. Dans la procédure d'arbitrage, on demande aux parties si elles souhaitent entamer une conciliation et si elles acceptent que l'arbitre puisse assumer cette fonction de conciliateur. S'il est impossible de parvenir à une solution, le même arbitre qui a fait fonction de conciliateur peut reprendre son rôle d'arbitre. Pour la Chine, c'est aux arbitres de jouer le rôle de conciliateur, et non à des tiers d'intervenir dans l'affaire, ce qui ne ferait qu'augmenter les frais. La conciliation présente de nombreux avantages, dont la célérité.

13. M. TUVAYANOND (Thaïlande) est en faveur du maintien de la section C, qui permet d'éviter les frais élevés d'une procédure arbitrale. Il n'est pas nécessaire de trop entrer dans les détails. Il suffit de dire que le tribunal demande aux parties si elles ont tenu des négociations en vue de régler leur litige, et quel en a été le résultat.

14. Le PRÉSIDENT constate, d'après les débats, que la Commission souhaite conserver la section C; qu'il faut améliorer le libellé du paragraphe 1; que le paragraphe 2, qui est entre crochets, peut être éliminé; enfin, que le paragraphe 3 ne semble pas soulever de problèmes.

15. M. BURMAN (États-Unis d'Amérique) déclare qu'il n'y a pas eu pendant la session de majorité en faveur du maintien de la section C et qu'au moins la moitié de ceux qui sont intervenus se sont prononcés en faveur de son élimination. De surcroît les États-Unis auraient proposé, s'il devait rester quelque chose de cette section, de modifier le titre de façon à lui donner une orientation différente.

Chapitre III, section D, point i

16. Le PRÉSIDENT dit que la question à l'examen est l'une des plus difficiles et des plus importantes de la liste, car elle indique comment définir les points contestés, organise l'exclusion de certains autres, et indique qu'il est possible de se concentrer sur d'autres points encore, et l'ordre dans lequel il faut procéder.

17. M. TUVAYANOND (Thaïlande) dit, à propos du titre du point i de l'ordre du jour, qu'il serait peut-être plus correct de dire "déterminer" au lieu de "définir", comme on le fait au paragraphe 1 des remarques. Au point ii, il n'y aurait aucun inconvénient à maintenir le terme "définir".

18. Le PRÉSIDENT dit que, si l'on considère la phase de la procédure où la question se pose, "définir" convient peut-être mieux que "déterminer".

19. M. HOLTZMANN (États-Unis d'Amérique) propose de supprimer la dernière phrase du paragraphe 1. Il s'inquiète en particulier que l'on dise "si les faits sont pour l'essentiel non contestés et que les questions en jeu sont des questions de droit, il peut être possible de demander que la procédure (et M. Holtzmann croit comprendre que cela se ferait à la demande du tribunal d'arbitrage) se déroule sur pièces uniquement". A l'étape initiale de la procédure, au moment où se tient la conférence préparatoire, les arbitres n'ont aucun moyen de savoir, avant que les parties ne présentent leurs mémoires, quels sont les faits qui ne sont pas contestés et si, en l'espèce, les points de droit sont plus importants que les questions de fait.

20. D'autre part, il ne serait pas convenable qu'un tribunal d'arbitrage demande que les audiences se tiennent uniquement sur la base de documents dans les affaires où prédomineraient les questions de droit, parce que les argumentations sur les points de droit peuvent être d'une extrême importance. La Commission ne devrait pas encourager l'idée que les argumentations sur les questions de droit doivent se faire par écrit en tenant compte notamment du paragraphe 2 de l'article 15 du Règlement d'arbitrage, selon lequel, à la demande de l'une quelconque des parties et à n'importe quelle étape de la procédure, le tribunal tient des audiences pour entendre les témoins, y compris des experts, ou pour des échanges d'argumentation. La notion de présentation orale ne paraît pas ici par accident, mais bien parce qu'il y a vingt ans, au cours du débat sur le Règlement d'arbitrage, on a fait remarquer que l'une des parties pouvait demander qu'on lui permette de faire des représentations orales, en entendant par là des argumentations sur des points de droit, et non pas seulement l'administration de la preuve.

21. M. LEVY (Canada) appuie la proposition des États-Unis. Lors des procédures orales, même si elles concernent strictement des problèmes de droit, on voit s'exposer parfois des arguments qui n'étaient pas invoqués dans les pièces écrites des parties, et qui sont éclairants pour les tribunaux. Les échanges oraux offrent également aux arbitres l'occasion de poser des questions et d'obtenir des éclaircissements sur les points qui leur apparaissent douteux.

22. M. BONELL (Italie) dit que si l'on tient compte des différences considérables qui existent en la matière entre le système de *common law* et le système de droit romain, on peut accepter de modifier la dernière phrase du paragraphe 1 de la manière suivante : "... si les faits sont pour l'essentiel non contestés et que les questions en jeu sont des questions de droit, il peut être possible de demander que la plus grande partie de la procédure se déroule sur pièces uniquement".

23. M. HOLTZMANN (États-Unis d'Amérique) a l'impression de revivre le débat d'il y a vingt ans, quand la Commission a décidé par consensus qu'il ne devait rien y avoir laissant entendre que la Commission avait quelque chose contre les plaidoiries orales, qu'il s'agisse de points de droit ou de fait, au cas où l'une des parties choisirait ce moyen. Il faut rappeler que la Commission a déjà pris position sur ce point, tant dans le Règlement d'arbitrage que dans la Loi type. Autant dire qu'il faudra être très prudent si l'on apporte des modifications de forme, et il n'est pas sûr que l'on pourra arriver à bon port par cette voie.

24. M. ANDERSEN (Danemark) n'est pas certain que le représentant des États-Unis interprète correctement la disposition, au sens que ce sont les arbitres qui peuvent demander que la procédure se déroule uniquement sur la base des pièces. Peut-être est-ce aux parties de demander que l'on procède de cette manière. Pour la délégation danoise, la section D n'a pas pour intention de vider de son sens l'article 15 du Règlement d'arbitrage, selon lequel le tribunal dirige l'arbitrage comme il l'entend et qui est la norme fondamentale dans toutes les affaires. Si l'on interprète la dernière phrase du paragraphe 1 comme signifiant que ce sont les parties qui peuvent demander que la procédure se déroule uniquement sur pièces, M. Andersen ne s'opposera pas à son maintien.

25. M. BONELL (Italie) propose d'indiquer que la procédure peut, à la demande des parties se dérouler surtout sur pièces.

26. M. TUVAYANOND (Thaïlande) dit que le point i sert à définir les points contestés par les parties. Si l'on conserve le texte actuel du paragraphe 1, il faudra prévoir une clause de sauvegarde, pour éviter le recours aux tactiques dilatoires.

27. M. SEKOLEC (Service du droit commercial international) dit que la disposition vise à ce que les parties se concentrent sur les aspects contestés de leur affaire, sans perdre du temps à examiner les méthodes qui ne sont pas contestées ou qui peuvent faire l'objet d'un accord. Cela est expliqué dans les deux premières phrases du paragraphe 1. Le reste du paragraphe a un caractère d'illustration, il n'est pas strictement nécessaire.

28. M. ANDERSEN (Danemark) pense qu'il aurait fallu faire la lumière sur le sens du paragraphe 1. En effet, selon l'Italie et le Danemark, les parties doivent demander que la procédure se déroule uniquement sur pièces, alors que les États-Unis pensent que le tribunal arbitral doit demander aux parties si elles souhaitent qu'il en soit ainsi.

29. M. TUVAYANOND (Thaïlande) dit que le tribunal d'arbitrage doit demander aux parties si elles désirent ou non que la procédure se déroule uniquement sur pièces.

30. M. SEKOLEC (Service du droit commercial international) dit que ce sont les parties qui doivent décider s'il doit y avoir une rencontre ou si la procédure peut se faire sur pièces. Cependant, le paragraphe 1 permet au tribunal d'arbitrage de demander aux parties si elles décident de se dispenser de la rencontre.

31. M. CHOUKRI SBAI (Maroc) ne s'oppose pas à la proposition des États-Unis qui tend à supprimer la dernière phrase du paragraphe 1. Pourtant, il lui semble qu'il vaudrait mieux modifier le libellé, de manière à dire que le tribunal d'arbitrage peut demander aux parties si elles souhaitent que la procédure se déroule uniquement sur pièces.

32. M. HOLTZMANN (États-Unis d'Amérique) dit que la proposition du Maroc peut résoudre l'un des problèmes qui se pose puisqu'elle permettrait de supprimer toute distinction entre question de fait et problème de droit. Sur ce plan, la dernière phrase du paragraphe 1 donne à penser que les rencontres sont plus nécessaires pour les questions de fait que pour les points de droit.

33. Il reste pourtant à résoudre un autre problème encore : le fait que le tribunal peut demander aux parties si elles souhaitent se dispenser de rencontres comporte un certain préjugé à leur égard. Ce préjugé peut avoir des conséquences importantes si les deux parties répondent qu'elles ne souhaitent pas que l'on organise des rencontres, alors que les arbitres doivent interroger les témoins ou demander des éclaircissements sur des points de droit.

La séance est suspendue à 16 h 35; elle reprend à 17 h 5.

Chapitre IV, section D, point ii

34. M. ABASCAL ZAMORA (Mexique) dit qu'il faut supprimer les paragraphes 6 et 7, car ce sont de simples conseils donnés aux parties, qui sont sans rapport avec le contenu de la conférence préparatoire.

35. M. BONELL (Italie) dit que les paragraphes 6 et 7 sont superflus et que de surcroît ils ne sont pas sans risque.

36. M. CHATURVEDI (Inde) préférerait que l'on conserve la dernière phrase du paragraphe 6.

37. M. TUVAYANOND (Thaïlande) dit que le paragraphe 6 a une certaine utilité, puisqu'il faut définir avec plus de précision la réparation ou le recours demandés.

38. M. HOLTZMANN (États-Unis d'Amérique) dit que la deuxième phrase du paragraphe 6 pourra ou non s'appliquer, selon le moment où aura lieu la conférence préparatoire. Elle sera inapplicable si la conférence a lieu avant le dépôt de la requête et de la réplique. Et même si elle a lieu à un stade ultérieur, il n'est pas judicieux d'affirmer que le requérant ne connaît peut-être pas la portée de ses droits selon la loi applicable. Il y a en effet le risque que, dans certaines législations, le jugement puisse être considéré *ultra vires*, s'il dépasse la réparation demandée.

39. M. TUVAYANOND (Thaïlande) ne voit pas comment on peut définir les points contestés avant que les parties n'aient exposé leurs prétentions. Quant au risque de jugement *ultra vires*, avant de savoir de quel recours il dispose, le requérant doit savoir quels sont ses droits au regard de la loi, et c'est pourquoi le paragraphe 6 est utile.

40. M. CHOUKRI SBAI (Maroc) est lui aussi partisan de l'élimination des paragraphes 6 et 7. D'après la législation marocaine, les tribunaux ne peuvent se prononcer que sur les affaires qui sont soumises à leur jugement, et il est donc normal que la requête indique les prétentions de la partie qui la dépose. Laisser aux arbitres le soin de déterminer la chose demandée est contraire à une norme fondamentale du droit. Pour que les parties sachent quoi faire et comment le faire, la seule voie qui s'offre est la conférence préparatoire.

41. M. TUVAYANOND (Thaïlande) n'insiste pas pour que l'on conserve les paragraphes 6 et 7, car le paragraphe 8 lui paraît suffisamment clair.

Chapitre III, section D, point iii

42. M. LEVY (Canada) n'est pas du tout satisfait du libellé actuel du point iii. D'abord, la première phrase du paragraphe 9 ("Une fois précisés les points litigieux...") soulève une question très délicate : si les arbitres indiquent dans quel ordre les points seront examinés, les parties peuvent penser qu'ils se sont déjà formés une opinion sur l'affaire. Pour cette raison, on peut se demander si on ne pourrait pas ajouter une phrase qui les mette en garde.

43. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie) pense qu'il n'est pas judicieux de parler aux paragraphes 10 et 11 des sentences "partielles", "provisoires" ou "interlocutoires", parce qu'il s'agit uniquement de définir l'ordre dans lequel seront réglés les points contestés.

44. M. ABASCAL ZAMORA (Mexique) dit que la possibilité que le tribunal d'arbitrage fixe l'ordre dans lequel il rendra sa sentence est normale dans les conférences préparatoires. Par exemple, si le tribunal s'engage à suivre un certain ordre et à rendre dans un délai donné une sentence sur la question de sa compétence, il peut achopper sur un problème et ne plus avoir le temps de se prononcer sur la question principale.

45. M. CHATURVEDI (Inde) est d'avis qu'il faut conserver le paragraphe 9, sauf sa dernière phrase qui n'a rien à voir avec la détermination de l'ordre dans lequel doivent être examinés les points contestés. La première phrase ("Une fois précisés les points litigieux...") relève plutôt du point i. En fait, il n'est pas nécessaire de prévoir un paragraphe distinct, puisque une fois définis les points contestés, le tribunal devra décider de l'ordre dans lequel il les examinera. Le problème des paragraphes 10 et 11 est que sa sentence est unique et définitive et que les autres seront "partielles", "provisoires" ou "interlocutoires". C'est pourquoi il ne semble pas judicieux de limiter la sentence.

46. M. TUVAYANOND (Thaïlande) pense que, si important que soit l'ordre d'examen des points contestés, les paragraphes 10 et 11 ne paraissent pas nécessaires. Il pourrait même être risqué de donner aux arbitres la faculté qu'ils prévoient.

47. M. BONELL (Italie) est en faveur du maintien des paragraphes 9, 10 et 11, moyennant peut-être quelques modifications.

A son avis, l'un des principaux objectifs de la conférence préparatoire est l'établissement de l'ordre dans lequel seront examinés les points contestés, quand il est impossible de les résoudre tous à la fois, et d'informer les parties de la décision, en tout cas dans la mesure où le tribunal le juge nécessaire.

48. M. HOLTZMANN (États-Unis d'Amérique) dit qu'à son avis l'établissement de l'ordre d'examen des points contestés est en rapport avec la qualité de certaines questions, qui peuvent être considérées comme préliminaires, par exemple celles de la compétence ou du droit applicable. En fixant l'ordre dans lequel seront examinées les questions qui ne sont pas préliminaires, on pourrait arriver à une interprétation des choses telle que le tribunal serait censé indiquer aux parties de quelle manière elles doivent défendre leur cause. Le tribunal doit se montrer extrêmement prudent, et ne pas influer sur l'opinion de l'avocat du requérant. Quant au texte des paragraphes 10 et 11, il n'est pas judicieux de donner aux arbitres des instructions ou des conseils sur ce qu'ils doivent faire s'ils estiment que tel ou tel point est une question préliminaire. Quant à la controverse sur le point de savoir s'il y a ou non des sentences partielles, provisoires ou interlocutoires, M. Holtzmann rappelle que le paragraphe 1 de l'article 32 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI utilise cette même terminologie.

49. M. TUVAYANOND (Thaïlande) précise qu'il ne s'agit pas seulement de déterminer si une question doit passer avant une autre, mais de voir aussi s'il convient d'établir un ordre de priorité pour les autres questions, en faisant une distinction entre les points principaux et les points secondaires. Si le tribunal résout les questions principales, peut-être les parties décideront-elles de ne pas insister pour les autres, pour des raisons de temps et d'économie. Il faut donc autoriser le tribunal à déterminer, en consultation avec les parties, dans quel ordre il examinera les diverses questions.

Chapitre III, section E

50. M. HERRMANN (Secrétaire de la Commission), appuyé par M. BONELL (Italie), rappelle que, selon l'introduction du projet de directives (A/CN.9/396/Add.1, par. 39), la liste des questions visées aux sections A à D se veut assez complète pour servir d'aide-mémoire dans le plus grand nombre de situations possible. Comme la conférence préparatoire ne se tient pas à la même phase de la procédure d'arbitrage (paragraphe 29) et que la phase à laquelle elle a lieu influe sur la portée des questions qu'on peut y examiner (paragraphe 30), on ne peut pas dire d'une manière générale qu'il serait prématuré d'examiner certaines questions à la conférence préparatoire, ni que cela devrait amener à modifier le contenu du projet de directives. Il suffirait d'indiquer, à propos de toutes les questions qui figurent dans le projet, que le tribunal devra déterminer dans chaque affaire si, au niveau de la procédure auquel se tient la conférence préparatoire, il est inopportun ou peu commode d'examiner telle ou telle question.

51. M. HOLTZMANN (États-Unis d'Amérique), appuyé par M. CHATURVEDI (Inde), dit qu'il faut éliminer le paragraphe 3 de la section E, car il serait périlleux pour les parties que le tribunal fasse savoir à la conférence préparatoire que le fait pour l'une d'elle de ne pas reconnaître la réalité des allégations de l'autre sans avoir de justification suffisante sera pris en compte dans la répartition des dépens. Cela n'empêche pas que le tribunal arbitral prendra ultérieurement ce fait en considération, mais l'annoncer d'avance reviendrait à de la coercition.

52. Pour ce qui est de la proposition du Secrétaire de la Commission, M. Holtzmann croit comprendre que les considérations dont il a parlé peuvent se formuler non seulement sous forme générale, mais aussi par rapport à chacun des points.

53. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie) est d'accord pour que l'on supprime le paragraphe 3, ou pour que l'on modifie son libellé de manière à rappeler aux parties les facultés dont dispose le tribunal d'arbitrage en matière de dépens, et leur indiquer ce qu'elles peuvent faire s'il est établi que leur réponse négative devant certains faits ne reposait pas sur des motifs raisonnables.

La séance est levée à 18 h 5.

Compte rendu analytique de la 538e séance

Lundi 13 juin 1994, à 10 heures

[A/CN.9/SR.538]

Président : M. MORÁN (Espagne)

La séance est ouverte à 10 h 15.

ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL : PROJET DE DIRECTIVES POUR LES CONFÉRENCES PRÉLIMINAIRES DANS LE CADRE DES PROCÉDURES ARBITRALES *(suite)* (A/CN.9/396 et Add.1)

Chapitre III

Section E (suite)

1. Le PRÉSIDENT, répondant à une question posée par le représentant de la Thaïlande, dit que le paragraphe 3 entre crochets est très controversé et sera par conséquent probablement supprimé.

Section F

2. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie) dit qu'un principe de base de la *common law* veut que, dans les procédures judiciaires, les pièces justificatives produites par les parties dans le cadre de la procédure de "découverte" bénéficient d'une certaine confidentialité, en ce sens qu'elles ne peuvent être utilisées à d'autres fins que celles de l'espèce ni divulguées, mais que, conformément à une décision rendue dans une affaire récente en Australie, cette protection ne s'étend pas aux pièces communiquées à l'occasion d'une procédure d'arbitrage. Or, de nombreux règlements d'arbitrage, y compris celui de la CNUDCI, n'abordent pas la question de la confidentialité des pièces ou des témoigna-

ges. Il serait donc souhaitable, compte tenu du fait que c'est justement le caractère confidentiel de l'arbitrage qui constitue souvent un élément déterminant dans le choix de cette procédure, que les directives traitent — à la section F de la liste de contrôle ou ailleurs — la question de la confidentialité.

3. M. HERRMANN (Secrétaire de la Commission) dit que le secrétariat a déjà songé à aborder ce point. La question de la confidentialité suscite un intérêt croissant comme l'attestent notamment les conclusions qui ont été tirées à l'occasion de l'élaboration du nouveau règlement d'arbitrage de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle. Reste à savoir comment elle doit être traitée dans les Directives. Les suggestions des délégations à ce sujet seront les bienvenues, même après la session.

4. Mme VERDON (Canada) dit que, lors des consultations qui ont eu lieu au Canada au sujet des Directives, il a été fait observer que la question de la divulgation des renseignements confidentiels était toujours délicate, d'autant que, selon le droit de certains pays, dès l'instant où des informations ont été divulguées, la confidentialité ne peut plus être invoquée. Il conviendrait donc de faire figurer la question dans les directives, de préférence à la section F.

5. M. HOLTZMANN (États-Unis d'Amérique) estime lui aussi que la liste de contrôle devrait comporter un point prévoyant que les parties puissent obtenir des précisions sur l'étendue de la confidentialité. On pourrait s'inspirer à ce propos de l'article 20 du Règlement de conciliation de la CNUDCI. Le représentant des États-Unis signale par ailleurs qu'il serait préférable d'employer un mot tel que "arrangement", dans les paragraphes 4 et 5, pour éviter d'avoir à entrer dans des considérations relatives aux présomptions simples et irréfragables.

6. S'agissant du paragraphe 11, il estime qu'il faudrait supprimer l'avant-dernière phrase, qui laisse entendre que la Commission n'est pas favorable à la divulgation des documents à caractère purement interne. En effet, des documents internes comme le procès-verbal de la réunion d'un conseil d'administration consacrée à tel contrat ou bien encore les registres d'actionnaires, dans les cas où la qualité d'actionnaire de telles ou telles personnes est contestée, peuvent revêtir une grande importance. La partie qui n'y a pas accès devrait pouvoir en prendre connaissance, ce qui ne sera pas facilité, dans bien des cas, par la transmission des documents à un tiers. Enfin, au paragraphe 13, M. Holtzmann pense qu'il faudrait réviser le dernier membre de phrase, dans lequel il est fait allusion au risque que pourrait prendre une personne de se mettre en cause (*"self-incrimination"* dans la version anglaise), une notion qui relève par définition du droit pénal et non du droit civil.

7. M. SEKOLEC (Service du droit commercial international) précise que les conditions énumérées au paragraphe 11 sont largement inspirées des règles d'administration de la preuve de l'Association internationale du barreau qui ont été rédigées compte tenu des pratiques en vigueur dans les divers systèmes juridiques. Dans ce texte, la condition concernant les documents internes est impérative, excluant toute demande de communication de tels documents, tandis que le paragraphe 11 prévoit la possibilité de laisser la décision à l'appréciation du tribunal arbitral.

8. Le PRÉSIDENT estime, pour sa part, que le texte se situe dans le juste milieu et tient compte des règles en vigueur dans les différents systèmes en matière de divulgation.

Section G

9. M. HOLTZMANN (États-Unis d'Amérique) souhaiterait que le secrétariat remanie la dernière phrase du paragraphe 3 car il ne ressort pas clairement si elle implique que les employés sont susceptibles d'être entendus comme témoins lors de l'inspection.

Section H

10. M. HOLTZMANN (États-Unis d'Amérique) dit que la dernière phrase du paragraphe 3, qui est peut-être aussi inspirée des règles de la preuve de l'Association internationale du barreau, d'ailleurs très souples sur ce point si on les considère dans leur ensemble, ressemble fort à une recommandation. Or, la décision de procéder ou non à l'audition du témoin doit être laissée entièrement à l'appréciation des parties. La Commission doit être absolument neutre sur ce point, le mieux étant de ne pas en faire mention. Toutefois, il pourrait figurer en bonne place dans de futures directives sur la présentation des preuves. Autrement dit, il faudrait soit approfondir davantage la question, soit supprimer entièrement la phrase.

11. M. RENGER (Allemagne) souhaiterait avoir des précisions sur le paragraphe 6 et notamment sur les diverses solutions possibles.

12. M. SEKOLEC (Service du droit commercial international) explique que la solution mentionnée au paragraphe 6 est la plus simple puisqu'elle permet de ne pas sortir du cadre de la procédure d'arbitrage. Les autres solutions supposeraient des écrits certifiés et obligeraient par conséquent à faire appel à des institutions extérieures.

13. M. CHOUKRI SBAI (Maroc) souligne que la solution mentionnée dans la dernière phrase du paragraphe 6 est inconnue dans certains systèmes juridiques. Dans son pays, par exemple, le serment est une condition *sine qua non* de la preuve, dont on ne peut se passer que dans des cas très exceptionnels. Il faudrait donc remanier cette phrase en disant, par exemple, que les parties conviennent que les témoins signeront une déclaration écrite certifiant la véracité de leur témoignage, ou encore que le tribunal arbitral peut proposer aux parties cette solution.

14. M. HOLTZMANN (États-Unis d'Amérique) dit que le représentant du Maroc a mis le doigt sur un problème qui doit être pris en compte dans les directives, à savoir la grande diversité, selon les pays, des procédures en matière d'authentification des déclarations écrites, de légalisation des signatures et de prestation de serment. Il importe donc que les arbitres s'assurent, au stade de la conférence préparatoire, que les parties savent exactement quelles formalités devront être observées en cas de présentation de déclarations écrites. De même, il serait utile, à propos des dépositions orales des témoins, de préciser les modalités de la prestation de serment.

Section H

15. M. HOLTZMANN (États-Unis d'Amérique) dit que, dans le point ii, le secrétariat a fait un effort louable pour donner un aperçu des règles d'administration de la preuve dans le monde entier. C'est, toutefois, là une tâche trop ambitieuse, qui risque de créer plus de problèmes qu'elle n'en résout. Aux fins de la liste de contrôle, il suffit de chercher à déterminer comment les parties et les arbitres ont l'intention de procéder à l'audition des témoins au lieu de leur proposer six ou sept modalités différentes. On pourrait donc se passer des paragraphes 8 à 12.

16. M. BONELL (Italie) partage en partie l'avis du représentant des États-Unis, mais pense qu'il va trop loin. Il propose, pour sa part, de supprimer uniquement les paragraphes 8 et 9, les paragraphes 10, 11 et 12 traitant de questions qui ont leur importance d'un point de vue pratique.

17. M. HOLTZMANN (États-Unis d'Amérique), se référant à la première phrase du paragraphe 15, fait observer que, dans de nombreux systèmes juridiques, notamment aux États-Unis, les personnes intéressées au règlement du litige sont traitées exactement de

la même manière que tout autre témoin. Il suggère donc de supprimer le membre de phrase "on s'accorde largement à reconnaître que", à moins qu'il n'y ait un autre moyen de rétablir l'équilibre voulu dans ces paragraphe.

Section I

18. Le PRÉSIDENT, constatant l'absence d'observations sur cette section, considère qu'elle rencontre l'approbation de la Commission.

Section J

19. M. HOLTZMANN (États-Unis d'Amérique), se référant au paragraphe 2 du point i, dit qu'il convient certes de demander aux parties quelles pièces elles ont l'intention de produire et dans quels délais, mais non pas d'aborder le contenu de ces pièces comme le fait ce paragraphe. Le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et pratiquement tous les autres règlements d'arbitrage laissent cette question à la discrétion des parties. Le seul règlement, celui du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, qui entre un tant soit peu dans le détail, va nettement moins loin que le paragraphe 2.

20. Les Directives ne devraient pas non plus, comme le fait le paragraphe 5 du point iii, exposer les avantages et les inconvénients d'une présentation simultanée ou consécutive des pièces. Tout dépend des circonstances de l'affaire, et il vaut mieux laisser au tribunal arbitral le soin de décider par lui-même.

Section K

21. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie) dit qu'il semblerait que dans cette section les remarques ont été introduites dans l'intitulé de la question de l'ordre du jour. Quant à la remarque proprement dite, elle est sans intérêt et devrait être supprimée. Il faudrait conserver dans la question uniquement : "Examiner certains détails pratiques relatifs aux pièces et aux exposés écrits". Le reste du texte apparaîtrait sous la rubrique "Remarques".

22. M. HERRMANN (Secrétaire de la Commission) explique que si la question de l'ordre du jour a été considérablement étoffée, c'est parce qu'il a été proposé de publier, à part, une brochure ne contenant que les questions de l'ordre du jour. "Examiner certains détails pratiques relatifs aux pièces et aux exposés écrits" serait alors un libellé insuffisant. Si la proposition tendant à publier une telle brochure n'est pas retenue, il n'y aura pas d'inconvénient à procéder comme l'a suggéré l'observateur de l'Australie.

23. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie) estime qu'il serait en effet judicieux de présenter séparément le contenu des directives, c'est-à-dire les questions elles-mêmes et les quelques remarques qui s'y rapportent directement, et les commentaires d'ordre plus général qui, pour le moment, sont dispersés dans l'ensemble du texte.

24. M. HERRMANN (Secrétaire de la Commission) fait observer que ce dont il a parlé n'est pas exactement ce que l'observateur de l'Australie a à l'esprit. Il s'agirait, dans le premier cas, de conserver les directives sous leur forme actuelle et de publier en plus une brochure de quelques pages contenant une brève introduction et les questions apparaissant à la rubrique "ordre du jour". Cette idée et celle de l'observateur de l'Australie méritent d'être creusées.

25. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie) dit que les deux propositions répondent en fait au même souci : faire en sorte que l'essentiel soit ramassé de façon à apparaître clairement. Sa propre proposition l'amène à retirer sa remarque concernant la section K. Il faudrait peut-être, au contraire, étoffer les rubriques "ordre du jour" qui donneraient une vue d'ensemble du contenu des Directives.

Section L

26. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie) appelle l'attention du secrétariat sur le fait que la question de la confidentialité, qui a été soulevée à propos des pièces, se pose également à propos des audiences.

27. M. ABASCAL ZAMORA (Mexique), se référant au paragraphe 2 entre crochets, dit que sa délégation juge ce paragraphe dans l'ensemble acceptable, à l'exception de la deuxième phrase, qui invite les arbitres à indiquer aux parties, lors de la procédure orale, les forces et les faiblesses de leurs arguments respectifs. C'est là un conseil fort dangereux, et cette phrase devrait être supprimée.

28. M. HOLTZMANN (États-Unis d'Amérique) pense également qu'il serait tout à fait prématuré que les arbitres donnent, au stade de la procédure orale, leur avis sur les forces et les faiblesses des arguments des parties, sauf peut-être lorsque les trois arbitres s'accordent à penser que la présentation d'un argument, non pertinent à leurs yeux, serait une perte de temps. Or, même ce cas de figure est peu probable puisque les arbitres seraient dans l'impossibilité de se consulter pendant l'audience et qu'il serait tout à fait inapproprié qu'ils se consultent avant d'avoir entendu les parties. En tout état de cause, c'est là un point qui n'a pas à être traité dans les Directives, qui sont censées faire des recommandations sur ce qu'il convient de faire lors d'une conférence préparatoire et non pas sur ce qu'il faut faire à l'audience. Cette remarque vaut non seulement pour la deuxième phrase, mais aussi pour l'ensemble du paragraphe 2, qui devrait être supprimé tout comme le paragraphe 5 pour les mêmes raisons.

29. Au paragraphe 7, les Directives préconisent de ne pas fixer les dates des audiences tant que les pièces écrites n'ont pas été déposées. Cela se justifie sans doute dans certaines situations, mais dans d'autres, il peut être important de fixer les dates pour que les parties puissent s'organiser en conséquence. On voit là encore qu'il serait préférable que les Directives se cantonnent à l'essentiel sans chercher à indiquer aux arbitres comment mener la procédure d'arbitrage. Moins on soulève de questions qui risquent de prêter à controverse chez les praticiens, plus on a de chances que les Directives soient largement acceptées.

La séance est suspendue à 11 h 40; elle est reprise à 12 h 25.

30. M. CHATURVEDI (Inde) convient avec le représentant des États-Unis que les questions soulevées au titre des points i, ii et iii sont prématurées. En effet, il ne peut être répondu aux deux premières que si la procédure suit son cours et que l'on juge nécessaire d'imposer de tels délais. Quant à la question de savoir dans quel ordre les parties présenteront leurs exposés oraux (point iii), il est stipulé à juste titre au paragraphe 11 qu'il appartient au requérant de faire son exposé, après quoi le défendeur est prié de présenter sa réplique.

31. Par ailleurs, la délégation indienne n'est pas d'accord avec l'observation faite à la deuxième phrase du paragraphe 2 selon laquelle la procédure orale offre au tribunal arbitral l'occasion d'indiquer aux parties, de manière équitable et impartiale, quelles sont, à son avis, les forces et les faiblesses de leurs arguments respectifs, car cela n'entre pas des attributions du tribunal arbitral non plus que l'idée exprimée à la dernière phrase du paragraphe 5 selon laquelle le tribunal arbitral peut aider au rapprochement des vues entre les parties en leur donnant son avis sur les questions en suspens.

32. M. KOUVSHINOV (Fédération de Russie), sans douter que les Directives à l'examen seront d'une grande utilité pratique, notamment à l'occasion de l'arbitrage d'affaires particulièrement complexes, estime néanmoins qu'à les lire on a l'impression qu'elles sont destinées à une procédure d'ordre judiciaire. Or, l'arbitrage commercial doit être une procédure souple, propre à s'accommoder au règlement de litiges divers. Il est à craindre que les Directives ne versent dans un formalisme judiciaire.

33. M. HOLTZMANN (États-Unis d'Amérique) se félicite que le paragraphe 13 précise que les exemples donnés sont loin de revêtir un caractère impératif et exhaustif. Il doute cependant de l'utilité des paragraphes 11 et 12, qui, à son avis, ne sont ni nécessaires ni rigoureusement exacts. En effet, les Directives ont pour objet de signaler aux parties qu'il est souhaitable d'établir l'ordre de déroulement des différentes phases de la procédure et non d'instruire les arbitres sur la manière dont ils sont censés exercer leur pouvoir discrétionnaire, car un grand nombre de facteurs entrent dans une telle décision. Il faudrait, par conséquent, laisser au tribunal arbitral, après consultation des parties, le soin de choisir la pratique à suivre, sans aller jusqu'à indiquer de manière exhaustive les diverses démarches que le tribunal arbitral et les parties souhaiteraient peut-être adopter.

34. Les doutes que certains des exemples donnés aux paragraphes 11 et 12 inspirent à la délégation des États-Unis tiennent au fait que l'un des motifs souvent invoqués à l'appui du refus d'exécution des sentences arbitrales rendues sous l'empire de la Convention de New York et de divers droits internes est que la partie en cause n'a pas été autorisée à présenter ses arguments. Il faudrait dès lors prendre soin, en parlant d'audiences et de témoins, de ne pas citer les présentes directives dans une procédure de mise à exécution à l'appui de la thèse qu'une partie ne se serait pas vu offrir la possibilité de présenter sa défense.

35. M. CHATURVEDI (Inde) est favorable au maintien du paragraphe 11 qu'il juge approprié. Quant à l'idée d'examiner s'il convient de tenir des audiences comme il est indiqué dans le chapeau de la section L, elle n'a pas sa raison d'être car les audiences sont quasiment incontournables. Le chapeau devrait donc être modifié.

36. M. ABASCAL ZAMORA (Mexique) souscrit entièrement à l'avis du représentant des États-Unis selon lequel les articles 11 et 12 sont de nature à induire en erreur et donnent l'impression d'aller à l'encontre de la souplesse souhaitée dans la procédure d'arbitrage, sans oublier le risque qu'ils comportent de compromettre l'exécution des sentences arbitrales en donnant à penser que l'on n'a pas ménagé à telle ou telle partie la possibilité de défendre sa cause.

37. M. KOUVSHINOV (Fédération de Russie), tout en convenant avec le représentant de l'Inde que la procédure d'arbitrage doit comporter des audiences, pense que le tribunal arbitral peut se montrer souple et qu'il ne faudrait pas exclure qu'avant l'ouverture de la procédure arbitrale les parties décident de s'entendre à l'amiable. Il n'y aurait dès lors plus besoin d'audience, les arbitres étant simplement informés que les parties sont parvenues à un accord.

38. M. HOLTZMANN (États-Unis d'Amérique) estime que les paragraphes 14 et 15 (point iv) posent un problème épineux en raison de la diversité des pratiques s'agissant de la présentation de notes au tribunal arbitral. En effet, s'il est vrai que, dans certains systèmes de droit, il est loisible aux parties de remettre au tribunal arbitral, au début ou à la fin de leurs exposés oraux, une note résumant leurs arguments et évoquant de manière exhaustive les affaires que la partie concernée aura invoquées, il arrive que ces notes aillent jusqu'à citer des affaires qui n'auraient été ni évoquées ni entendues lors de l'audience ou dont l'autre partie entend parler pour la première fois.

39. On est dès lors fondé à se demander si les parties devraient être autorisées à présenter de telles notes, à plus forte raison lorsqu'elles le font à la fin de l'audience, l'autre partie étant de ce fait privée de la possibilité de formuler des observations à leur sujet, d'où notamment le problème de l'égalité de traitement des parties.

40. Au surplus, l'idée selon laquelle ces notes peuvent être présentées après l'audience semble aller à l'encontre de l'article 29 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI aux termes duquel le tribunal arbitral, après s'être assuré que les parties n'ont pas d'autres arguments à faire valoir, peut prononcer la clôture de l'audience. Or, la clôture éventuelle de l'audience poserait en l'occurrence le problème de sa réouverture et toute une série d'autres questions connexes.

41. C'est pourquoi la délégation des États-Unis suggère de simplifier le libellé des observations figurant aux paragraphes 14 et 15.

42. M. CHATURVEDI (Inde) souscrit entièrement au paragraphe 11 car, à son avis, la présentation de notes vise à faciliter la tâche des arbitres et, de toute façon, il est loisible à l'autre partie présente à l'audience de produire une réplique. En ce qui concerne le paragraphe 15, il convient de remplacer le terme "déclarations" par le mot "arguments" qui est plus précis.

43. Quant à la formule proposée à la troisième phrase du paragraphe 17 (point vi) selon laquelle l'arbitre-président peut aussi dicter à un dactylographe un résumé des déclarations orales après ces dernières, la délégation indienne doute qu'il soit pratique de procéder de la sorte car, dans la pratique, les dactylographes assistent aux audiences et prennent des notes au fur et à mesure.

44. M. KOUVSHINOV (Fédération de Russie), rappelant que l'on en est ici encore au stade de la conférence préparatoire, estime que l'essentiel au point vi n'est pas tant de savoir s'il est possible de présenter des notes que de déterminer si l'on est en droit de procéder à l'analyse des arguments et pièces produits. A son avis, il faudrait s'en tenir ici à l'examen des pièces.

Section M

45. M. ABASCAL ZAMORA (Mexique) croit, premièrement, relever une grave erreur de traduction dans la version espagnole, qui fait référence à la langue ou langues à utiliser dans les "vistas" (audiences) alors que la version anglaise, par exemple, précise à juste titre qu'il s'agit bien de la langue ou des langues à utiliser dans la procédure. Deuxièmement, la délégation mexicaine n'est pas du tout d'accord avec l'idée exprimée dans la première phrase du paragraphe 2 selon laquelle il peut être utile d'examiner à la conférence préparatoire la mesure dans laquelle l'accord des parties ou la décision du tribunal arbitral doivent être appliqués. En effet, la langue de la procédure est soit déterminée d'un commun accord entre les parties ou, à défaut, le soin en revient au tribunal arbitral qui est habilité à conduire la procédure arbitrale comme il le juge approprié, à condition de respecter le principe de l'égalité des parties et de leur donner la faculté de faire valoir leurs arguments.

46. M. HOLTZMANN (États-Unis d'Amérique) se demande, à la lumière de l'intervention du représentant du Mexique, si le sens du paragraphe 2 a été rendu fidèlement dans la version anglaise également. En effet, on a entendu faire observer dans ce paragraphe qu'au-delà de la manière dont le choix de la langue est opéré, l'accent devait être mis sur la portée ou l'étendue de l'accord, c'est-à-dire sur la question de savoir si tous les documents soumis doivent l'être ou non dans la langue de la procédure et de l'accord. Il faudrait en conséquence préciser également la version anglaise.

47. M. BONELL (Italie) abondant dans le même sens que le représentant des États-Unis, estime qu'il faudrait améliorer l'ensemble du texte car il s'agit là d'une disposition très importante qui donne souvent lieu à de nombreuses difficultés.

48. M. ILLESCAS (Espagne) convient avec la délégation mexicaine que le texte espagnol réduit à tort la portée de l'accord à la langue des audiences (*vistas*). Il faudrait préciser dans le texte qu'il s'agit, d'une part, de trancher le problème de la langue à utiliser dans l'ensemble de la procédure et, d'autre part, de déterminer à qui il appartient de faire ce choix, ce qui ne ressort pas clairement des paragraphes 1 et 2 de la version espagnole, ni davantage de la version anglaise. Cette partie de la section M gagnerait donc à être revue. Par ailleurs, les paragraphes 1 et 2 ont un ton par trop pédagogique qui est déplacé pour un texte qui s'adresse à des spécialistes. Au demeurant, ils ne sont pas nécessaires.

49. Enfin, au-delà de l'exemple pertinent de problème ponctuel donné au paragraphe 2, le problème fondamental à poser est de savoir si la langue de la procédure doit être déterminée d'entrée de jeu et à qui confier le soin de cette décision.

50. M. AL-NASSER (Arabie saoudite) fait observer que la langue de la procédure est une question d'autant plus importante que la partie la plus faible à l'occasion d'un différend risque de se causer du tort faute de bien maîtriser la langue de la procédure. La délégation saoudienne préférerait que la langue de la procédure soit celle du différend, à moins que les parties n'en conviennent autrement. Il faudrait prendre comme base la langue de la transaction qui fait l'objet de la procédure et, à défaut, la langue que les parties auront choisie.

51. Le PRÉSIDENT prie le représentant de l'Arabie saoudite de préciser ce qu'il entend par la langue du différend.

52. M. AL-NASSER (Arabie saoudite) confirme qu'il s'agit bien de la langue dans laquelle a été rédigé le contrat qui fait l'objet du différend entre les deux parties.

La séance est levée à 13 h 5.

Compte rendu analytique de la 539e séance

Lundi 13 juin 1994, à 15 heures

[A/CN.9/SR.539]

Président : M. MORÁN (Espagne)

La séance est ouverte à 15 h 15.

ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL : PROJET DE DIRECTIVES POUR LES CONFÉRENCES PRÉPARATOIRES DANS LE CADRE DES PROCÉDURES ARBITRALES *(suite)* (A/CN.9/396/Add.1)

Chapitre III, section M

1. M. HOLTZMANN (États-Unis d'Amérique), appuyé par M. GOH (Singapour), rappelle que pendant le travail de rédaction du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, on s'est longuement attardé sur la question de la langue de la procédure et sur les directives correspondantes qui sont fixées à l'article 17 de ce règlement. Le Secrétariat pourrait peut-être tenir compte de cet article 17 lorsqu'il procédera à la révision de cette partie du projet.

2. La délégation américaine n'est pas satisfaite de l'ordre dans lequel on a rangé certaines questions dans la liste. Dans le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, ainsi que dans la Loi type, l'ordre des questions est assez différent de celui que l'on a choisi pour les éventuelles conférences préparatoires. La langue est par exemple une question qui apparaît assez tôt dans le Règlement, bien avant celle des témoignages, des audiences ou des pièces écrites. Peut-être le Secrétariat pourrait-il, pour maintenir la cohérence et faciliter l'étude des normes, envisager de reprendre la même logique que dans les documents antérieurs de la CNUDCI.

Chapitre III, section N

3. M. HOLTZMANN (États-Unis d'Amérique) propose que le Secrétariat, lorsqu'il préparera la version révisée du projet, mentionne le fait que l'appui administratif est souvent fourni par les institutions d'arbitrage. Il existe un réseau très important de ces institutions dans le monde; il faut reconnaître qu'elles n'agissent pas toujours indépendamment les unes des autres, elles peuvent agir en collaboration.

Chapitre III, section O

4. M. KOUVSHINOV (Fédération de Russie) dit que dans certains systèmes juridiques il existe d'autres institutions que celles de secrétaire du greffe, par exemple celle de "*raportior*", c'est-à-dire rapporteur, en Russie. Cette personne informe les arbitres du fond des questions à l'examen.

5. Le PRÉSIDENT propose que la Fédération de Russie indique au Secrétariat le terme qui lui paraît le plus juste, ou la fonction que pourrait assumer le titulaire de la charge dont vient de parler la délégation russe.

Chapitre III, section P

6. Le PRÉSIDENT rappelle que la paragraphe 2 figure entre crochets, ce qui indique que le Secrétariat s'en remet à la Commission pour qu'elle juge de l'opportunité de ce paragraphe dans le document.

7. M. HOLTZMANN (États-Unis d'Amérique) dit que le paragraphe 2 a pour objet de donner au tribunal d'arbitrage les instructions sur les considérations dont il doit tenir compte. Il ne s'agit pas forcément d'une question dont doit traiter la conférence préparatoire, mais simplement d'informer le tribunal de ce qu'il doit faire, des facteurs qu'il doit prendre en considération après la conférence préparatoire, ou en conséquence de celle-ci. Pour la délégation américaine, ce genre d'instructions d'ordre général n'a

pas sa place dans le document. D'autre part, l'ordre dans lequel sont énumérés les facteurs, de *a* à *g*, donne l'impression que certains sont plus importants que d'autres. Par exemple, la question de l'exécution des sentences vient en dernière place, peut-être parce qu'elle est la dernière étape dans la chronologie des événements, et cela donne l'impression qu'il y a une sorte de hiérarchie. En conclusion, M. Holtzmann considère que la solution la plus simple serait de faire disparaître tout le paragraphe 2.

Chapitre III, section Q

8. M. BONELL (Italie) propose de supprimer cette question de la liste des sujets des conférences préparatoires. En premier lieu, il ne voit pas à quoi servent les paragraphes 1, 2 et 3 du point i. Si le tribunal d'arbitrage demande leur avis aux parties, ce qui serait surprenant si tôt dans la procédure, ou bien les parties peuvent refuser de répondre, ce qui mettrait les arbitres dans l'embarras, ou bien elles pourraient commencer à négocier. On peut aussi se demander ce qu'il arriverait si l'une d'elles donnait des renseignements erronés, ou refusait de communiquer certaines informations.

9. Pour ce qui est du point ii, la délégation italienne ne le rejette pas, mais il lui semble que c'est une question qu'il faut laisser aux arbitres, ou, selon le système juridique de certains pays, à la discrétion de l'une des parties. En conséquence, la délégation italienne souhaiterait que la question Q ne figure pas dans la liste.

10. M. ABASCAL ZAMORA (Mexique) propose d'éliminer le point Q de la liste des questions de l'ordre du jour. Les normes impératives existent, et c'est aux arbitres de les connaître et de les faire appliquer. Quant au sous-alinéa ii, c'est une tâche qui incombe aux parties. Le mandat des arbitres s'achève avec le prononcé de la sentence, l'enregistrement de la sentence incombant aux parties, dans les cas où cette obligation existe. Laisser entendre le contraire reviendrait peut-être à éviter que des arbitres peu expérimentés ne prennent cette initiative, alors qu'il s'agit en fait de démarches postérieures au jugement.

11. M. HOLTZMANN (États-Unis d'Amérique) a également des réserves à faire sur les paragraphes 1, 2 et 3 du point i, et ne verrait aucun inconvénient à ce qu'on les supprime. Il préférerait que l'on conserve le point ii. Il y a des pays où c'est du tribunal lui-même que l'on exige l'enregistrement de la sentence. Si les arbitres d'autres pays interviennent dans la procédure dans un ressort où cette exigence est en vigueur, il faut se demander ce qui se passera si personne ne les informe de cette circonstance, s'ils seront autorisés à engager des avocats pour en recevoir ce type de renseignements, qui paiera les frais d'enregistrement du jugement, ou de sa traduction s'il faut le traduire avant de l'enregistrer. Il se pose là des questions qu'il serait très difficile de résoudre à la fin de la procédure, et qu'il conviendrait donc de régler dès le départ. En résumé, la délégation américaine souhaite que l'on conserve le point ii de la question Q, ce qui obligera à modifier le titre, tâche que l'on peut très bien confier au Secrétariat.

Chapitre III, section R

12. M. ABASCAL ZAMORA (Mexique) pense qu'il vaudrait mieux faire de la section R un chapitre distinct, par exemple le chapitre IV, et y reporter les observations qui y sont faites et qui sont pertinentes en cas d'arbitrage multipartite.

13. M. HOLTZMANN (États-Unis d'Amérique) dit que l'arbitrage multipartite est une question extrêmement complexe, et félicite le Secrétariat d'avoir circonscrit le sujet de manière aussi judicieuse. Il propose cependant de supprimer certains passages qui indiquent aux arbitres comment procéder, question qui, pour les États-Unis, doit se résoudre selon les circonstances de chaque affaire et n'être réglée que lorsqu'un consensus plus net se sera dessiné dans les milieux de l'arbitrage autour de la forme de cette procédure.

14. Au paragraphe 4, on pourrait maintenir la première phrase, et supprimer le reste du paragraphe, à partir de la phrase qui commence par : "La première phase...". Le paragraphe 6, outre qu'il soulève des problèmes analogues à ceux que la délégation canadienne a déjà indiqués, laisse entendre dans sa dernière phrase qu'il est possible qu'aucune des parties ne soit présente à l'audience. Dans le cas de l'arbitrage multipartite, la CNUDCI devrait éviter de suggérer qu'il n'appartient pas absolument aux parties de décider si elles souhaitent être ou non présentes aux audiences. Sous réserve de l'élimination de ces deux passages, la délégation américaine approuve la section R.

15. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie) pense qu'il serait peut-être préférable de faire figurer dans l'introduction les paragraphes 1, 2 et 3 qui définissent les grands traits de l'arbitrage multipartite. Il propose également de demander au Secrétariat d'examiner les répercussions que l'arbitrage multipartite peut avoir sur d'autres dispositions, comme celle que consacre la question F, relative aux pièces justificatives.

Chapitre III, section T

16. M. ABASCAL ZAMORA (Mexique) constate une lacune dans le projet de directives, puisqu'il n'y est pas question de la recevabilité ou de la valeur probante des instruments communiqués par échange électronique de données, ou autres procédés analogues. C'est une question qui se présentera de plus en plus souvent dans l'arbitrage international, puisque l'on se sert de plus en plus de ces moyens de communication. Il serait opportun que le Secrétariat tienne compte des conclusions du Groupe de travail sur les paiements internationaux et sur l'échange électronique de données, afin de les intégrer en bonne place dans le projet de directives.

17. M. HOLTZMANN (États-Unis d'Amérique) est tout à fait d'accord avec la délégation du Mexique à propos des échanges électroniques de données. Peut-être faudrait-il aussi prévoir dans les directives la question de la communication entre les parties et le tribunal d'arbitrage. Surtout dans le cas de l'arbitrage spécial, ou quand l'institution d'arbitrage n'a pas de règlement établi, les parties peuvent avoir des doutes sur les méthodes les plus appropriées pour communiquer avec le tribunal. Il faudrait, parmi les questions dont peut s'occuper la réunion préparatoire, indiquer que les arbitres et les parties examinent ensemble les moyens par lesquels ils vont correspondre.

18. M. CHOUKRI SBAI (Maroc) dit qu'au regard de la législation de son pays il y aurait un problème si l'arbitrage s'achevait par le décès, le désistement ou la maladie de l'arbitre, sauf convention contraire entre les parties ou sauf consentement de celles-ci pour que la procédure se poursuive.

19. M. SEKOLEC (Service du droit commercial international) dit qu'en général le règlement de l'arbitrage résout cette question, ce qui fait qu'il n'a pas été jugé utile d'en traiter dans le projet de directives.

20. M. JONKMAN (Observateur de la Cour permanente d'arbitrage) dit qu'il recommandera à son institution et aux arbitres d'utiliser les Directives dès qu'elles seront publiées; il semble qu'elles seront très utiles non seulement parce que, dans la majorité des affaires, les règles d'arbitrage sont insuffisantes, mais aussi parce que les arbitres n'ont pas beaucoup d'expérience dans l'arbitrage international.

21. Le PRÉSIDENT dit qu'avant de passer au point suivant de l'ordre du jour il faudrait peut-être se demander ce que l'on

compte faire à l'avenir du projet de directives. Il est déjà entendu que le Secrétariat recueillera les résultats de ce premier débat, les fusionnera ultérieurement avec les débats du Congrès que le Conseil international de l'arbitrage commercial tiendra à Vienne au mois de novembre. La Commission pourrait décider si ces résultats doivent être examinés, avant d'être présentés à la vingt-huitième session de la CNUDCI qui se tiendra probablement à Vienne en mai 1995, par un Groupe de travail ou un groupe d'experts, qui pourrait siéger pendant le premier trimestre de 1995.

22. M. BURMAN (États-Unis d'Amérique) dit que la qualité des résultats a fait changer sa délégation d'opinion. Il pourrait en effet être commode de convoquer un groupe de travail qui examinerait le projet de directives avant la vingt-huitième session, ce qui faciliterait l'achèvement de l'examen de ce point. Avant de prendre cette décision, pourtant, il faut considérer qu'à sa prochaine session la CNUDCI pourrait être saisie de textes à examiner à titre prioritaire, par exemple les documents relatifs aux garanties indépendantes et à l'échange électronique de données. Le plus commode serait donc que le Secrétariat synthétise les résultats de la présente session et ceux de la prochaine session du Conseil international de l'arbitrage commercial, avec peut-être l'aide d'un groupe d'experts. En 1995, la Commission déciderait, au regard de sa charge de travail, s'il est ou non opportun de convoquer un Groupe de travail pour hâter l'examen du projet de directives.

23. Mme VERRALL (Royaume-Uni) approuve cette proposition, car il lui semble indispensable de réunir un Groupe de travail avant la vingt-huitième session de la Commission. Le Secrétariat pourrait convoquer un Groupe de travail immédiatement après la session de novembre du Conseil international de l'arbitrage commercial, et synthétiser les résultats des travaux en un document qui serait présenté aux délégations suffisamment à l'avance pour qu'elles puissent l'examiner à fond avant la vingt-huitième session.

24. Le PRÉSIDENT propose qu'après avoir examiné le document rédigé par le Secrétariat les délégations envoient leurs commentaires écrits, pour faciliter la suite des travaux, sous l'angle notamment des diverses versions linguistiques du texte.

25. M. BONELL (Italie) regrette que quelques délégations seulement, la sienne comprise, s'intéressent à la décision que la Commission doit prendre sur le sort qu'elle réservera au projet de directives. Il est injuste de dire que le moment n'est pas opportun; il ne semble pas non plus correct de confier le destin du texte aux résultats de travaux réalisés ailleurs, comme ceux du Conseil international de l'arbitrage commercial, par l'intermédiaire peut-être d'un groupe de travail officieux. Il vaudrait beaucoup mieux que la Commission elle-même adopte une décision en cette matière.

26. M. RENGER (Allemagne) dit que la Commission ne doit pas perdre trop de temps à examiner les Directives en deuxième lecture, ni essayer de se transformer en groupe de rédaction, puisqu'il ne s'agit pas en l'occurrence d'un instrument juridique. Comme on s'est déjà entendu sur les principes, la Commission pourra sans doute conclure l'examen de ce point de l'ordre du jour à sa prochaine session.

27. M. CHOUKRI SBAI (Maroc) se dit satisfait d'avoir pu entendre à la Commission les opinions et les idées inspirées par d'autres systèmes juridiques que le sien. La Commission, qui n'est pas un organe législatif, doit chercher l'accommodement pour le bénéfice de tous ceux qui recourront un jour à l'arbitrage.

28. Le PRÉSIDENT laisse au Secrétariat le soin de décider s'il faut convoquer un groupe d'experts pour faciliter et hâter les travaux de la Commission à sa session suivante. Il annonce que la Commission a conclu l'examen du point 5 de son programme de travail, intitulé "Arbitrage commercial international : projet de directives pour les conférences préparatoires dans le cadre des procédures arbitrales".

La séance est levée à 16 h 25.

Compte rendu analytique de la 540e séance

Mercredi 15 juin 1994, à 10 heures

[A/CN.9/SR.540]

Président : M. MORÁN (Espagne)

La séance est ouverte à 10 h 15.

NOUVEL ORDRE ÉCONOMIQUE INTERNATIONAL : PASSATION DES MARCHÉS *(suite)* (A/CN.9/XXVII/CRP.2/Add.4, A/CN.9/XXVII/CRP.3, A/CN.9/XXVII/CRP.5)

Rapport du Groupe de rédaction (suite) (A/CN.9/XXVII/CRP.2/Add.4)

1. M. CHATURVEDI (Inde) dit que la note figurant au bas de la première page du document A/CN.9/XXVII/CRP.2/Add.1 reflétait mieux la position de sa délégation que celle proposée en première page du document A/CN.9/XXVII/CRP.2/Add.4. La formule "sans pour autant remplacer la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics de biens et de travaux" est particulièrement malheureuse puisque ni la CNUDCI ni le groupe de rédaction ne sont mandatés pour remplacer la Loi type adoptée à la session précédente. M. Chaturvedi regrette que sa proposition d'insérer une phrase à l'effet d'indiquer que cette Loi type adoptée reste intacte n'ait pas été retenue. Il s'étonne aussi que la dernière phrase de cette note fasse référence au Guide, qui n'est en l'état actuel des travaux qu'un projet d'amendements à l'ancien Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux (A/CN.9/393).

2. M. HUNJA (Service du droit commercial international) dit que l'objet de la formule citée par le représentant de l'Inde est justement de clarifier la relation entre les deux lois types et que le membre de phrase "sans pour autant remplacer" marque bien que la nouvelle Loi type incorporant les services laisse intacte le texte de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics de biens et de travaux adoptée à la vingt-sixième session. Quant au Guide dont il est question dans la dernière phrase, il s'agit du

texte intégral qu'établira le Secrétariat en fusionnant les documents A/CN.9/393 et A/CN.9/394 pour incorporer dans l'ancien Guide le projet d'amendements adopté à la présente session. La note ne se réfère donc pas au seul projet d'amendements, mais au nouveau guide qui englobera les amendements à l'ancien Guide adopté par la CNUDCI.

3. M. WALLACE (États-Unis d'Amérique) fait siennes les observations de M. Hunja et propose que le Secrétariat établisse un tableau des correspondances entre les articles de l'ancienne Loi type et ceux de la nouvelle. Ces articles ayant été renumérotés et placés dans un ordre très différent, cela faciliterait considérablement la tâche des représentants et des législateurs.

4. M. GOH (Singapour) suggère de souligner les mots "et de services" à la deuxième ligne de cette note de bas de page pour bien marquer la différence entre les titres des deux lois types.

5. M. CHATURVEDI (Inde) maintient sa position, à savoir qu'il aurait fallu préciser que l'ancienne Loi type demeurait "intacte" plutôt que d'utiliser le mot "remplacer", puisqu'il n'a jamais été question de la remplacer. Quant à la référence au Guide, elle n'est pas appropriée puisqu'il avait été convenu de se limiter à l'examen des ajouts à apporter à l'ancienne Loi type pour qu'elle englobe les marchés de services.

6. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie) accepte le texte proposé compte tenu des explications de M. Hunja. Tel qu'il est libellé, ce texte est sans ambiguïté et répond en fait aux préoccupations exprimées par le représentant de l'Inde.

7. Le PRÉSIDENT dit que, s'il n'y a pas d'objection, il considérera que la Commission souhaite adopter tel quel le texte de la note figurant au bas de la première page du document A/CN.9/XXVII/CRP.2/Add.4.

8. *Il en est ainsi décidé.*

9. Le PRÉSIDENT dit que la note de bas de page relative au titre de l'article 16, le titre du chapitre III *bis*, l'article 41 *ter* et l'article 41 *quater* ont été remaniés conformément aux vœux des délégations et que ces textes ne devraient pas susciter d'objections.

10. M. CHATURVEDI (Inde) demande pour quelle raison, dans les modifications proposées à l'article 41 *quater*, l'expression "fournisseurs et entrepreneurs" a été remplacée par l'expression "fournisseurs ou entrepreneurs".

11. M. HUNJA (Service du droit commercial international) répond qu'en l'occurrence il s'agissait pour le groupe de rédaction d'aligner le texte de l'article 41 *quater* sur celui des dispositions relatives à la procédure d'appel d'offres et à l'évaluation des offres.

12. Le PRÉSIDENT dit que les modifications apportées aux articles 41 *sexies*, 41 *sexies bis* et 41 *sexies quater* sont de pure forme. S'il n'y a pas d'objection, il considérera que la Commission souhaite adopter le document A/CN.9/XXVII/CRP.2/Add.4.

13. *Il en est ainsi décidé.*

Adoption de la loi type et recommandation (A/CN.9/XXVII/CRP.5)

14. M. BURMAN (États-Unis d'Amérique) propose, au paragraphe 2 du projet de résolution A/CN.9/XXVII/CRP.5, de remplacer la mention "organismes intéressés" par une référence aux institutions internationales de prêt et aux institutions régionales de financement du développement. Ces deux groupes d'organismes internationaux seront parmi les principaux utilisateurs de la Loi type et c'est pourquoi il semble utile de les mentionner dans ce contexte, si toutefois cela n'est pas contraire à la pratique touchant les résolutions de l'ONU.

15. M. CHATURVEDI (Inde) demande si le deuxième alinéa du préambule constitue une constatation de fait. Il pense qu'au quatrième alinéa du préambule, il serait préférable de dire "à la présente session" plutôt qu'"à cette session", de manière à lever toute ambiguïté.

16. M. HERRMANN (Secrétaire de la CNUDCI), répondant au représentant de l'Inde, dit que le libellé du deuxième alinéa du préambule figurait dans le projet de résolution adopté à la session précédente et que l'Assemblée générale l'avait entériné. Pour autant qu'il le sache, les faits n'ont pas changé à cet égard.

17. En ce qui concerne la proposition du représentant des États-Unis, M. Herrmann ne pense pas qu'il existe de directive interdisant de mentionner les institutions de prêt ou de financement dans des résolutions de l'ONU. Cette possibilité est laissée à la discrétion de la CNUDCI, mais il semble préférable de laisser le texte en l'état et d'évoquer les "gouvernements et autres organismes intéressés", sans préciser davantage.

18. Le PRÉSIDENT dit que, s'il n'y a pas d'objection, il considérera que la Commission souhaite adopter le projet de résolution publié sous la cote A/CN.9/XXVII/CRP.5.

19. *Il en est ainsi décidé.*

Projet de paragraphes du Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services (A/CN.9/XXVII/CRP.3)

20. M. BURMAN (États-Unis d'Amérique) félicite le Secrétariat pour la célérité avec laquelle il a rédigé ce texte, qui doit se substituer à une note de bas de page de la Loi type dont la substance a bien été préservée.

21. M. JAMES (Royaume-Uni) s'associe aux félicitations adressées par le représentant des États-Unis au Secrétariat. Il n'a, au sujet de ce texte, que des réserves mineures d'ordre rédactionnel. Ainsi, à la fin du paragraphe 13, le membre de phrase "n'est pas approprié ou est impossible" reprend l'expression utilisée à propos de la procédure d'appel d'offres dans l'ancien Guide. En ce qui concerne la passation des marchés de services, c'est en fait l'expression "approprié" qui est utilisée dans la Loi type. Aux termes de ce qui est désormais l'article 16, les États peuvent choisir la méthode de l'appel d'offres si elle est plus appropriée que la méthode principale. Quant à la formulation de l'article 13 *bis*, elle pourrait être un peu moins directive à l'égard des États adoptant la Loi type. Dans la dernière phrase de l'article 13 *bis*, les mots "sont semblables sur bien des points" gagneraient à être précisés. Il pourrait être utile d'expliquer à quels égards les États pourraient souhaiter retenir d'autres méthodes que celles visées à l'article 17, et notamment que la principale méthode de passation des marchés de services comporte un certain nombre d'étapes obligées qui sont détaillées dans la Loi type, alors que les autres méthodes sont beaucoup plus souples.

22. M. GRIFFITH (Observateur de l'Australie) dit que, dans l'expression "semblables sur bien des points", le mot "semblable" ne signifie pas "identique" et qu'il ne peut souscrire à l'intervention du représentant du Royaume-Uni.

23. Le PRÉSIDENT dit que, s'il n'y a pas d'objection, il considérera que la Commission souhaite adopter le document A/CN.9/XXVII/CRP.3.

24. *Il en est ainsi décidé.*

La partie de la séance faisant l'objet d'un compte rendu prend fin à 11 heures.

IV. BIBLIOGRAPHIE DES ÉCRITS RÉCENTS AYANT TRAIT AUX TRAVAUX DE LA CNUDCI[1] : NOTE DU SECRÉTARIAT

(A/CN.9/417) [Original : anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Pages
I.	QUESTIONS GÉNÉRALES	445
II.	VENTE INTERNATIONALE DE MARCHANDISES	446
III.	ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL ET CONCILIATION	450
IV.	TRANSPORTS INTERNATIONAUX	452
V.	PAIEMENTS INTERNATIONAUX	453
VI.	GARANTIES INDÉPENDANTES ET LETTRES DE CRÉDIT STAND-BY	455
VII.	PASSATION DES MARCHÉS	459
VIII.	ASPECTS TRANSNATIONAUX DE L'INSOLVABILITÉ	459
Annexe.	Liste récapitulative des titres abrégés des textes juridiques de la CNUDCI cités dans cette bibliographie avec les titres complets correspondants	456

I. Questions générales

Abascal Zamora, J. M. Aspectos prácticos del derecho de los contratos del comercio internacional : la prensa y los contratos del comercio internacional. *Financiero* : [sección] guía legal (México, D.F.).

En quatre volumes :

I *in* 14:5A, martes, 1 de marzo de 1994;
II *in* 14:8A, miércoles, 9 de marzo de 1994
III *in* 14:7A, miércoles, 16 de marzo de 1994;
IV *in* 14:6A, miércoles, 23 de marzo de 1994.

Titre de chaque volume : El derecho del comercio internacional. — Inconvenientes de aplicar las soluciones domésticas a los problemas del comercio internacional. — La libertad de contratación y el principio de legalidad. — ¿Qué es eso del arbitraje?

Titre courant de la revue : *Financiero, análisis.*

Bibliography of recent writings related to the work of UNCITRAL. *International journal of legal information* : International Association of Law Libraries (Washington, D.C.) 23:1:66-98, spring 1995.

Reproduction du document de la CNUDCI A/CN.9/402, 11 avril 1994.

Bischoff, J. Allgemeine Erfahrungen bei der Rechtsvereinheitlichung in der UNCITRAL. *Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht* : Schweizerische Vereinigung für internationales Recht (Zürich, Suisse) 3:5:623-638, 1993.

Titres parallèles de la revue : *Revue suisse de droit international et de droit européen = Swiss review of international and European law = Rivista svizzera di diritto internazionale e di diritto europeo.*

Booysen, H. Völkerrecht als Vertragsstatut internationaler privatrechtlicher Verträge. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* : Max-Planck-Institut (Tübingen, Allemagne) 59:2:244-257, 1995.

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international. Jurisprudence relative aux travaux de la CNUDCI. [Vienne : Organisation des Nations Unies], 1993-. (A/CN9/SER.C/ ABSTRACTS/1-)

Documents disponibles en décembre 1994 :

A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/1 du 17 mai 1993;
A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/2 du 4 novembre 1993;
A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/3 du 24 mai 1994;
A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/4 du 30 août 1994;
A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/5 du 14 octobre 1994.

Les document de la série sont publiés dans les six langues officielles de l'ONU (anglais, arabe, chinois, espagnol, français et russe).

[1] La jurisprudence relative aux travaux de la CNUDCI et les références bibliographiques s'y rapportant sont publiées sous la cote A/CN.9/SER.C/....

Chacun contient un résumé de décisions judiciaires et de sentences arbitrales préparé par des correspondants nationaux, ainsi que des références bibliographiques et des commentaires d'experts.
Pour l'instant, les textes concernés sont la Convention sur la prescription (1974/1980), la Convention des Nations Unies sur les ventes (1980), la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage (1985) et les Règles de Hambourg (1978).
Les décisions et les sentences arbitrales sont disponibles dans la langue originale; les personnes intéressées peuvent en demander copie au secrétariat de la CNUDCI contre une somme servant à couvrir les frais de photocopie et d'expédition.
Également publié : Guide de l'utilisateur [de la jurisprudence relative aux travaux de la CNUDCI]. (A/CN.9/SER.C/GUIDE/1 du 19 mai 1993).

Congreso conmemorativo de la UNCITRAL. *Anuario de derecho marítimo:* Gobierno Vasco, Departamento de Transportes y Obras Públicas, Escuela de Administración Marítima (Barcelone, Espagne) 11:1116-1117, 1993.

Fisher, G. UNCITRAL gives international trade law CLOUT; case-law on UNCITRAL texts. *Australian business law review* (North Ryde, Australie) 21:362-367, octobre 1993.

Greiner, M. J. Übersicht zu einigen Entwicklungen im internationalen Handels- und Verfahrensrecht. *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (Zurich, Suisse) 66:5:251-256, 1994.

Titres parallèles de la revue : *Swiss review of business law = Revue suisse de droit des affaires*. L'article traite entre autres des travaux de la CNUDCI dans le domaine des garanties indépendantes, de la passation des marchés et de l'échange de données informatisées.

Herrmann, G. United Nations Commission on International Trade Law : text of the statement of Dr. G. Herrmann, Secretary of the Commission, on the work of its twenty-sixth session, Vienna, 1993. *In* Asian-African Consultative Committee : report of the thirty-third session, held in Tokyo (Japan) from 17 to 21 January 1994 / prepared by the Secretariat. New Delhi : Secretariat, 1994. p. 57-72.

Klein, H. Komisija ujedinjenih naroda za medjunarodno trgovačko pravo. *Slobodno poduzetništvo : časopis za poduzetni štva i tržišnog gospodarstva* (Zagreb, Croatie) 12/13:387-389, prosinac 1994.

En croate.
Traduction du titre : Commission des Nations Unies pour le droit commercial international.

Rechtsprechung zu UNCITRAL-Texten: (Case-law on UNCITRAL-texts; CLOUT). *Zeitschrift für europäisches Privatrecht* (Munich, Allemagne).

En deux volumes :
I *in* 2:2:319-321, 1994;
II *in* 2:4:694-695, 1994.
Il s'agit d'un tableau tiré des documents A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/1 et A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/2. Sera mis à jour en fonction des affaires, en rapport avec les textes de la CNUDCI adoptés par l'Allemagne.

Seminario El Derecho Comercial Internacional (20-21 octobre 1993 : Buenos Aires, Argentine)
UNCITRAL y el futuro derecho comercial : el arbitraje comercial, garantías y pagos internacionales, contrataciones públicas / A. I. Piaggi, *coordinator*. Buenos Aires : Depalma, 1994. xiv, 253 p.

Contributions ayant trait aux textes juridiques de la CNUDCI : I. Arbitrage commercial : UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration : background and salient features / J. Sekolec, p. 3-29. (Le texte espagnol de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage (1985) est reproduit en annexe), p. 31-48). — Justicia, arbitraje y las reglas UNCITRAL 1985 en la Argentina / S. Le Pera, p. 49-55. — Otra vez sobre la conveniencia de adoptar la Ley Modelo de 1985 sobre Arbitraje Comercial Internacional de UNCITRAL / A. I. Piaggi, p. 61-67.
II. Paiements internationaux : UNCITRAL Model Law on International Credit Transfers / E. E. Bergsten, p. 117-131. — UNCITRAL Draft Convention on International Guaranty Letters / E. E. Bergsten, p. 133-145.
III. Passation des marchés publics : UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods and Construction : background and salient features / J. Sekolec, p. 167-183. — La Ley Modelo sobre Contratación Pública de la CNUDMI : conveniencia de su adopción por la República Argentina / M. G. Reiriz, p. 185-191. — El proyecto de Ley Modelo sobre Adjudicación de Trabajos Públicos : conveniencia de su adopción / J. A. Sánchez, p. 197-204. — La regulación de la contratación pública / T. Hutchinson, p. 205-210. (Le texte espagnol de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux (1993) est reproduit en annexe, p. 211-253).

Snijders, H. J. UNCITRAL 25 jaar, een jubileum met een congres over Uniform Commercial Law in the twenty-first century / H. J. Snijders. *Tijdschrift voor arbitrage* (Zwolle, Pays-Bas) 4:122-125, 1992.

Spanogle, J. A., Jr. The arrival of international private law. *George Washington journal of international law and economics* : National Law Center, George Washington University (Washington, D.C.) 25:2:477-522, 1991.

L'expérience de l'auteur en tant que chef de la délégation des États-Unis aux Groupes de travail de la CNUDCI a joué un rôle particulièrement important dans la rédaction de cet article.

United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) [and its work products]. *In* B. Colas, *ed*. Global economic co-operation : a guide to agreements and organizations. Didcot : Management Books 2000, c1994. (ICC Publication ; no. 932)

Entries dealing with UNCITRAL and its work products: United Nations Commission on International Trade Law, p. 366-367, 370. — Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods, p. 374-375. — United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, p. 375-376. — Provisions Concerning a Unit of Account, p. 389. — Uniform Rules on Contract Clauses for an Agreed Sum Due Upon Failure of Performance, p. 389-390. — United Nations Convention on International Bills of Exchange and International Promissory Notes, p. 396-397. — UNCITRAL Model Law on International Credit Transfers, p. 397-398. — UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, p. 412-413. — UNCITRAL Arbitration Rules, p. 421-422. — UNCITRAL Conciliation Rules, p. 422.

II. Vente internationale de marchandises

Abascal Zamora, J. M. La compraventa internacional de mercaderías. *Financiero* : [sección] guía legal (México, D.F.) 14:5A, miércoles, 11 de mayo de 1994.

Titre courant de la revue : *Financiero, análisis*.

Adame Godard, J. Las obligaciones del comprador en la compraventa internacional. *Revista de derecho privado* : Instituto de Investigaciones Jurídicas (México, D.F.) 3:9:471-504, septiembre-diciembre 1992.

Aguiar Júnior, R. R. de. A Convenção de Viena e a resolução do contrato por incumprimento. *Revista de informação legislativa* :

Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas (Brasília, Brazil) 31:121:211-225, 1994.

Les annexes reproduisent en portugais des articles de : I. Convention des Nations Unies sur les ventes (1980), p. 219-224. — II. Code civil et code commercial brésiliens, p. 224-225.

Amato, P. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods [CISG] : the open price term and uniform application : an early interpretation by the Hungarian courts. *Journal of law and commerce* : University of Pittsburgh School of Law (Pittsburgh, Pa.) 13:1:1-78, 1993.

En annexe : Décisions interprétatives applicables à la Convention, p. 31-78.

Antweiler, C. Beweislastverteilung im UN-Kaufrecht, insbesondere bei Vertragsverletzungen des Verkäufers. Frankfurt am Main : Lang, 1995. 218 p. (Europäische Hochschulschriften, Reihe II, Rechtswissenschaft ; Bd. 1689 = Publications universitaires européennes. Série II, Droit ; vol. 1689 = European university studies. Series II, Law ; vol. 1689)

Thèse de doctorat — Université de Mayence (Allemagne), 1994.

Comprend une bibliographie, p. 201-218.

Barona Vilar, S., C. Esplugues Mota *and* J. Hernández Martí. La Convención de Viena de 1980 sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. *In their* Contratación internacional / C. Esplugues [Mota] *coordinator*. Valencia : Tirant lo Blanch, 1994. p. 228-294.

Behr, V. Commentary to Journal of Law & Commerce Case I : Oberlandesgericht, Frankfurt am Main [court decision of 17 September 1991 — 5U 164/90]. *Journal of law and commerce:* University of Pittsburgh School of Law (Pittsburgh, Pa.) 12:271-275, 1993.

Beraudo, J. P. The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and arbitration. *ICC International Court of Arbitration bulletin* : Chambre de commerce internationale (Paris, France) 5:1:60-64, mai 1994.

Bitter, W. *et* G. Bitter. Wandelungsmöglichkeit des professionellen Käufers und Nachlieferungsrecht des Verkäufers bei aliud-Lieferung : eine Untersuchung zum deutschen und UN-Kaufrecht. *Betriebs-Berater : Zeitschrift für Recht und Wirtschaft* : Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (Heidelberg, Allemagne) 35:2315-2326, 1993.

Bonell, M. J. Rassegna giurisprudenziale in tema di vendita internazionale. *Diritto del commercio internazionale : pratica internazionale e diritto interno* (Milan, Italie) 8:3/4:843-860, luglio-dicembre 1994. (Giurisprudenza commerciale)

Il s'agit de la mise à jour d'une série de rapports sur des décisions de justice en rapport avec la Convention des Nations Unies sur les ventes (1980); précédentes livraisons :
I *in* 6:2:631-637, luglio-dicembre 1992;
II *in* 7:3:651-659, luglio-settembre 1993.

Brand, R. A. *et* H. M. Flechtner. Arbitration and contract formation in international trade : first interpretations of the United Nations Sales Convention. *Journal of law and commerce* : University of Pittsburgh School of Law (Pittsburgh, Pa.) 12:239-260, 1993.

L'article traite de la première affaire aux États-Unis qui a véritablement tenu compte de la Convention [des Nations Unies sur les ventes], Filanto, S.p.A. v. Chilewich International Corp., [789 F. Supp. 1229 (S.D.N.Y. 1992), appel rejeté, 984 F.2d 58 (2d Cir. 1993)], p. 240 and fn. 6.
Voir également ci-dessous Perales Viscasillas, Ma. del P.

Brussel, G. S. The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods : a legislative study of the North-South debates. *New York international law review* : New York State Bar Association (Albany, N.Y.) 6:1:53-74, winter 1993.

Dannemann, G. The United Nations Convention on [Contracts for] the International Sale of Goods. An introduction to German civil and commercial law : (du même auteur) avec un chapitre sur le droit des sociétés par Th. Meyding. Londres : British Institute of International and Comparative Law, 1993. p. 46-54.

Del Duca, L. F. *et* P. Del Duca. Practice under the Convention on the International Sale of Goods (CISG) : a primer for attorneys and international traders (Part I). *Uniform Commercial Code law journal* (New York, N.Y.) 27:4:331-370, spring 1994.

Le volume I présente et analyse des décisions récentes, en insistant sur l'importance de la Convention des Nations Unies sur les ventes (1980) pour les échanges commerciaux des États-Unis, p. 331 — Le volume II traitera, entre autres, de la formation des contrats, de certaines questions relatives à l'exécution des contrats et de nouvelles notions concernant les moyens de secours, p. 362.

Diedrich, F. Voraussetzungen einer Vertragsaufhebung wegen Sachmängeln nach dem Wiener Kaufrecht : Anmerkung zu OLG Frankfurt a.M., Teilurteil vom 18.1.1994 - 5 U 15/93, *RIW* 1994 S.240. *Recht der internationalen Wirtschaft : Betriebs-Berater international* (Heidelberg, Allemagne) 41:1:11-16, Januar 1995.

Voir également ci-dessous Koch, R.

Donner, L. A. Impact of the Vienna Sales Convention on Canada. *Emory international law review* : Emory University School of Law (Atlanta, Ga.) 6:2:743-751, 1992.

Enderlein, F. *et* D. Maskow. International sales law : United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods : commentary. New York : Oceana, c1992. xv, 480 p.

Comprend une bibliographie et un index.
Il s'agit d'un commentaire article par article de la Convention des Nations Unies sur les ventes (1980) et de la Convention sur la prescription (1974/1980).

Ferrari, F. Estudios comparativos en materia de conclusión del contrato en los países de América del Sur con referencias a la Convención de Viena sobre la venta internacional / *tr.* M. Pastorino de Solari Yrigoyen. *Revista del derecho comercial y de las obligaciones* (Buenos Aires, Argentine) 25:145/150:51-84, 1992.

——— L'ambito di applicazione della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* (Milan, Italie) 893-934, 1994.

——— La rilevanza degli usi nella Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili. *Contratto e impresa : dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale* (Padoue, Italie) 10:239-258, 1994.

——— Prevedibilità del danno e contemplation rule. *Contratto e impresa : dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale* (Padoue, Italie) 9:760-769, 1993.

——— Vendita internazionale di beni mobili. Tomo I, Art. 1-13, Ambito di applicazione - disposizioni generali. Bologna : Zanichelli, 1994. xviii, 242 p. (Commentario del codice civile Scialoja-Branca /a cura di F. Galgano.)

Autre titre : Libro Quarto, Delle obbligazioni : Titolo III, Capo I, Della Vendita - Supplemento : Legge II Dicembre 1985 N. 765.
Contient une bibliographie, une liste des articles et un index par sujet.

Flesch, K. Der Irrtum über die Kreditwürdigkeit des Vertragspartners und die Verschlechterungseinrede : Anwendbarkeit des BGB neben dem UN-Kaufrecht (CISG) : Auslegung des Paragraphen 321 BGB. *Betriebs-Berater : Zeitschrift für Recht und Wirtschaft* : Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (Heidelberg, Allemagne) 49:13:873-876, 1994.

——— Der Irrtum über eine Eigenschaft der gekauften Ware und die Gewährleistung nach dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG). *In her* Mängelhaftung und Beschaffenheitsirrtum beim Kauf. 1. Aufl. Baden-Baden : Nomos, c1994. p. 125-158. (Arbeiten zur Rechtsvergleichung ; Bd. 162)

Gabriel, H. D. Practitioner's guide to the [United Nations] Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) and the Uniform Commercial Code (UCC). New York : Oceana, 1994. 276 p.

Il s'agit d'un commentaire article par article.
Comporte quelques références bibliographiques et un appendice qui établit des renvois entre les sujets couverts par le code de commerce uniforme et les sections correspondantes de la Convention des Nations Unies sur les ventes (1980).

——— The battle of the forms : a comparison of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Uniform Commercial Code : the common law and the Uniform Commercial Law. *Business lawyer* : American Bar Association, Section of Business Law (Chicago, Ill.) 49:3:1053-1064, May 1994.

Gössler, D. Das Wiener Kaufrechtsübereinkommen 1980 : CISG; [United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods]. *Dans son* International [sic] : Kaufrecht — Gewährleistung. Köln : Bundesstelle für Aussenhandlesinformation, 1994. p. 88-99, 121-123.

Heilmann, J. Mängelgewährleistung im UN-Kaufrecht : Voraussetzungen und Rechtsfolgen im Vergleich zum deutschen internen Kaufrecht und zu den Haager Einheitlichen Kaufgesetzen. Berlin : Duncker und Humblot, 1994. 708 p. (Schriften zum internationalen Recht ; Bd. 67)

Thèse de doctorat — Université de Hambourg (Allemagne), 1992 (état en décembre 1990).
Contient une bibliographie.

Höss, S. Der gegenständliche Anwendungsbereich des UN-Kaufrechts = Contracts to which the CISG is applicable. Augsburg: [s.n.], 1995. vi, 214 p.

En allemand avec certains passages en anglais.
Thèse de doctorat — Université d'Augsburg (Allemagne), 1995.
Contient une bibliographie.

Huber, P. UN-Kaufrecht und Irrtumsanfechtung : die Anwendung nationalen Rechts bei einem Eigenschaftsirrtum des Käufers. *Zeitschrift für europäisches Privatrecht* (Munich, Allemagne) 2:4:585-602, 1994.

Kassis, A. La Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 11 avril 1980). *Dans son ouvrage* Le nouveau droit européen des contrats internationaux. Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1993. p. 533-549.

Keil, A. Die Haftungsbefreiung des Schuldners im UN-Kaufrecht im Vergleich mit dem deutschen und US-amerikanischen Recht. Frankfurt am Main : Lang, 1993. xxxviii, 202 p. (Europäische Hochschulschriften. Reihe II, Rechtswissenschaft; Bd. 1413 = Publications universitaires européennes. Série II, Droit ; vol. 1413 = European university studies. Series II, Law ; vol. 1413)

Thèse de doctorat — Université de Bochum (Allemagne), 1991.
Contient une bibliographie, p. vi-xxix.

Koch, R. Zur Bestimmung des Begriffs der wesentlichen Vertragsverletzung im UN-Kaufrecht im Falle der Lieferung nicht vertragsgemäßer Ware : zugleich Anmerkung zum Urteil des OLG Frankfurt a.M., *RIW* 1994 S.240 f. *Recht der internationalen Wirtschaft : Betriebs-Berater international* (Heidelberg, Allemagne) 41:2:98-100, Februar 1995.

Note concernant une décision judiciaire de Oberlandesgericht Frankfurt a.M., en rapport avec la Convention des Nations Unies sur les ventes dont des extraits ont été publiés dans la revue; 40:3:240-241, März 1994.
Voir également ci-dessus Diedrich, F.

Ludwig, K. S. Der Vertragsschluss nach UN-Kaufrecht im Spannungsverhältnis von Common Law und Civil Law : dargestellt auf der Grundlage der Rechtsordnungen Englands und Deutschlands. Wien : Lang, 1994. xxiv, 445 p. (Studien zum vergleichenden und internationalen Recht = Comparative and international law studies ; Bd. 24)

Thèse de doctorat — Université de Heidelberg (Allemagne), 1994.
Contient un tableau des affaires et une bibliographie.

Luzzatto, R. Vendita : diritto internazionale privato : la Convenzione di Vienna del 1980. *In* Enciclopedia del diritto / F. Santoro-Passarelli, *director*. Milan : Giuffrè, 1993. p. 507-514.

Marchand S. Les limites de l'uniformisation matérielle du droit de la vente internationale : mise en oeuvre de la Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises dans le contexte juridique suisse. Bâle : Helbing & Lichtenhahn, 1994. 329 p. (Collection Genevoise)

Au bas de la page de couverture : Faculté de droit de Genève. Thèse de doctorat n° 696 — Université de Genève (Suisse), [1994?].
Contient une bibliographie et un index par sujet.

Marzorati, O. J. Venta internacional de mercaderías : Convención de Viena de 1980. *In* Derecho de los negocios internacionales. Buenos Aires : Astrea, 1993. p. 45-159.

Memmo, D. La "sede di affari" secondo la disciplina uniforme sulla vendita internazionale nella più recente giurisprudenza della Corte federale tedesca. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* (Milan, Italie) 2:755-761, 1983.

Merkt, H. Internationaler Unternehmenskauf und Einheitskaufrecht. *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft : Archiv für internationales Wirtschaftsrecht* (Heidelberg, Allemagne) 93:2:353-378, November 1994.

Müller, H. *et* H.-H. Otto. Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über internationale Warenkaufverträge (UN-Kaufrecht/CISG). *In* Allgemeine Geschäftsbedingungen im internationalen Wirtschaftsverkehr. Neuwied : Luchterhand, c1994. p. 27-43.

Muguillo, R. A. Contrato de compraventa, contratos "a precio abierto" y "a fijar precio" en nuestro derecho y en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CCVIM) de Viena 1980. *Estudios de derecho comercial* : Instituto de Derecho Comercial, Económico y Empresarial, Colegio de Abogados de San Isidro (Buenos Aires, Argentine) 7:93-109, 1991.

Murray, J. E. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods : a primer. *In* Murray on contracts. 3rd ed. Charlottesville, Va.: Michie Company, c1990. p. 871-903.

Nachrichten aus dem Bundesministerium der Justiz: Nichtgeltung des UN-Verjährungsabkommens im Bundesgebiet .... *Jahrbuch für italienisches Recht* : Vereinigung für den Gedankenaustausch zwischen Deutschen und Italienischen Juristen e. V. (Heidelberg, Allemagne) 211:1993.

Nebot Monne, G. L'adhésion de l'Espagne à la Convention de Vienne : le contrat de vente internationale de marchandises et les divers modes de paiement. *Cahiers juridiques et fiscaux de l'exportation* : Centre français du commerce extérieur (Paris, France) 5:1021-1027, 1994.

Nicholas, B. The United Kingdom and the Vienna Sales Convention : another case of splendid isolation? Roma : Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, 1993. 9 p. (Saggi, conferenze e seminari / Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero ; 9).

Nicoll, C. C. *et* W. Mapp. The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods : the Vienna Sales Convention 1980. *New Zealand law journal* (Wellington, Nouvelle-Zélande).

En deux parties :
I *in* 8:305-308, août 1993;
II *in* 9: 316-320, septembre 1993.
Sous-titre des deux parties : The Vienna Sales Convention 1980 / C. C. Nicoll. — Obligations under the contract and remedies for breach / W. Mapp *et* C. C. Nicoll.

Niggemann, F. Erreur sur une qualité substantielle de la chose et application de la Convention sur la vente internationale de marchandises (C.V.I.M.) = Error about a substantial quality of the goods and application of the Convention on the International Sale of Goods (CISG). *Revue de droit des affaires internationales* : Forum Européen de la communication (Paris, France) 4:397-415, 1994.

Titre parallèle de la revue : *International business law journal.*
En français et en anglais.

Patti, S. Silenzio, inerzia e comportamento concludente nella Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili. *In* Il contratto : silloge in onore di Giorgio Oppo. Volume I, Profili generali. Padova : CEDAM, 1992. p. 227-238.

Article précédemment publié dans *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni* (Rome, Italie) 89:135-147, marzo-aprile, 1991.

Perales Viscasillas, Ma. del P. La perfección por silencio de la compraventa internacional en la Convención de Viena de 1980. *Derecho de los negocios* (Madrid, Espagne) 6:52:9-14, enero 1995.

L'article traite de la première affaire aux États-Unis qui a véritablement tenu compte de la Convention des Nations Unies sur les ventes, Filanto, S.p.A. v. Chilewich International Corp., 789 F. Supp. 1229 (S.D.N.Y. 1992), appel rejeté, 984 F.2d 58 (2d Cir. 1993).
Voir également ci-dessus Brand, R. A.

Piltz, B. Anwendbares Recht in grenzüberschreitenden Kaufverträgen : (zu OLG Köln, 16.10.1992 — 19 U 118/92, ... und OLG Köln, 2.10.1992 — 19 U 28/92, ...). *IPRax : Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts* (Bielefeld, Allemagne) 14:3:191-193, Mai/Juni 1994.

Il s'agit d'un commentaire de deux décisions judiciaires en rapport avec la Convention des Nations Unies sur les ventes (1980); avec un résumé des décisions, p. 210-213 et 213-216.

Puget, F. Le navire et la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises (C.V.I.M.) : quelques réflexions. *In* Études en hommage au professeur Mircea Mateescu-Matte. *Annuaire de droit maritime et aéro-spatial* : Université de Nantes, Centre de droit maritime et aérien (Paris, France) 12:299-305, 1993.

Recent developments : CISG; Convention on the International Sale of Goods. *Journal of law and commerce* : University of Pittsburgh School of Law (Pittsburgh, Pa.) 13:2:371-379, spring 1994.

Il s'agit d'un tableau des États contractants à la Convention des Nations Unies sur les ventes et de déclarations, précédé par une préface dans laquelle il est annoncé que chaque année un numéro de la Revue sera consacré en partie à la traduction et au commentaire de décisions judiciaires étrangères interprétatives de la Convention des Nations Unies sur les ventes (1980).

Rechtsprechung zum Wiener Kaufrecht / Bericht des national correspondent für die Schweiz (Bundesamt für Justiz). *Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht* : Schweizerische Vereinigung für internationales Recht (Zürich, Suisse) 3:653-668, 1993.

Titres parallèles : *Revue suisse de droit international et de droit européen = Swiss review of international and European law = Rivista svizzera di diritto internazionale e di diritto europeo.*

Rosenberg, M. N. The Vienna Convention : uniformity in interpretation for gap-filling : an analysis and application. *Australian business law review* (North Ryde, Australie) 20:442-460, 1992, printing 1993.

Scintillae iuris : studi in memoria di Gino Gorla. Tomo II, Dialogo tra ordinamenti, diritto dei commerci e diritto europeo, iura naturalia e diritti fondamentali. Milano : Giuffrè, 1994. 3 vols.

Contributions concernant la Convention des Nations Unies sur les ventes (1980) :
Il diritto uniforme sulla vendita e lo Uniform Commercial Code nord-americano : due modelli a confronto / M. J. Bonell, p. 1189-1213. — Lettera di credito e compravendita internazionale / S. M. Carbone *et* A. D'Angelo, p. 1215-1248. — Wiener Kaufrechtsübereinkommen und Anfechtung wegen Eigenschaftsirrtums / K. H. Neumayer, p. 1267-1277. — Vizi della cosa venduta, Convenzione di Vienna e comparazione giuridica / F. Ziccardi, p. 1373-1395.

Shinn, A. M., Jr. Liabilities under article 42 of the United Nations Convention on the International Sale of Goods. *Minnesota journal of global trade* : University of Minnesota Law School (Minneapolis, Minn.) 2:115-142, 1993.

Smart, C. P. Formation of contracts in Louisiana under the United Nations Convention for the International Sale of Goods. *Louisiana law review* : Louisiana University Law School (Baton Rouge, La.) 53:1339-1355, 1993.

Vékás, L. UN-Kaufrechtsübereinkommen und Vertragsgerichtsstand des EuGVÜ. *In* Ein internationales Zivilverfahrensrecht für Gesamteuropa : EuGVÜ, Lugano-Übereinkommen und die Rechtsentwicklungen in Mittel- und Osteuropa : Länderberichte, Modellvergleich, Erfahrungen : Beiträge und Diskussionen des Symposiums 1991 in Heidelberg mit einschlägigen Materialien im Anhang / E. Jayme, *ed.* Heidelberg : Müller, 1992. p. 221-232.

Venskaia Konventsiia o dogovorakh mezhdunarodnoi kupli-prodazhi tovarov : kommentarii / *redaktor*: V. I. Kuleshova; *avtorskii kollektiv*: M. M. Boguslavskii *et al.*, Moskva : Iuridicheskaia Literatura, 1994. [316] p.

Traduction du titre : Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises : commentaire.
Il s'agit d'un commentaire article par article de la Convention des Nations Unies sur les ventes (1980).
Ce texte de la Convention en anglais, en espagnol, en français et en russe est reproduit en appendice.
Contient des références bibliographiques.

Vida, A. Garantie du vendeur et propriété industrielle : les "vices juridiques" dans la vente internationale de marchandises (Convention de Vienne). *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique* (Paris, France) 47:1:21-36, janvier-mars 1994.

Vilus, J. Quality and quantity control of goods : inspection contracts in the international sale of goods = Contrôle quantitatif et qualitatif des marchandises : les contrats d'inspection dans la vente internationale de marchandises. *Uniform law review* : UNIDROIT (Rome, Italie) I:70-183, 1992, 1994 printing.

Titre parallèle de la revue : *Revue de droit uniforme*.
En anglais et en français en regard.

Will, M. R. International sales law under CISG; the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) : the first hundred decisions. Genève : Université de droit allemand, Faculté de droit, 1994. 44 p. (Schriftenreihe deutscher Jura-Studenten in Genf ; 10 = Cahiers des étudiants allemands en droit à Genève ; 10 = Quaderni degli studenti tedeschi di giurisprudenza a Ginevra ; 10).

Il s'agit d'une bibliographie annotée de décisions de justice de différentes juridictions en rapport avec la Convention des Nations Unies sur les ventes (1980).

Winship, P. The United Nations Sales Convention : a bibliography of English-language publications. *International lawyer* : American Bar Association, Section of International Law and Practice (Chicago, Ill.) 28:2:401-423, summer 1994.

_____ The Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods : the United States adopts UNCITRAL's firstborn. *International lawyer* : American Bar Association, Section of International Law and Practice (Chicago, Ill.) 28:4:1071-1081, winter 1994.

Zhang, X. Die Rechtsmängelhaftung des Verkäufers nach UN-Kaufrecht im Vergleich mit deutschem, englischem, US-amerikanischem und Haager Einheitlichem Kaufrecht. Stamberg : Druckerei U. Novotny, 1994. xxvi, 235 p.

Thèse de doctorat — Université de Tübingen (Allemagne), 1994.
Contient une bibliographie et un tableau des affaires.

Zhong wei touzi fa bijiao / Y. B. Zheng, *rédacteur en chef*. Shanghai : Tongji daxue chubanshe, 1993. 613 p.

Traduction du titre : La législation chinoise applicable aux investissements étrangers : comparaison avec la législation d'autres pays.
Chapitre 8 : l'organisation du commerce extérieur / S. Q. Fu, p. 269-272 (Section 5. La législation applicable aux contrats économiques internationaux, entre autres la Convention des Nations Unies sur les ventes (1980)).
L'appendice passe en revue la législation applicable aux investissements étrangers de 81 pays et territoires.
En chinois.

III. Arbitrage commercial international et conciliation

Abascal Zamora, J. M. ¿Qué es eso del arbitraje? Aspectos prácticos del derecho de los contratos del comercio internacional: la prensa y los contratos del comercio internacional. *Financiero*: [sección] guía legal (México, D.F.) 14:6A, miércoles, 23 de marzo de 1994.

Titre courant de la revue : *Financiero, análisis*.

Aboul-Enein, M. An outline of the principles of the new Egyptian law on arbitration. *World arbitration & mediation report : covering dispute resolution in the United States and around the world* (Irvington-on-Hudson, N.Y.) 5:6:129-131, June 1994.

Titre du sommaire : Egypt enacted its long-awaited new arbitration law based on the UNCITRAL Model Arbitration Law (1985).

Anderson III, H. E. Applicable arbitration rules for maritime disputes in Australia and Hong Kong. *University of San Francisco maritime law journal* : Admiralty and Maritime Law Society (San Francisco, Calif.) 6:2:387-421, spring 1994.

Appendice A : Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage (1985), art. 1er, p. 405-406. Appendice B : Principales caractéristiques des Sydney Maritime Arbitration Rules and Terms (1991), p. 421.

Bahrain adopts UNCITRAL Model Law. *World arbitration & mediation report : covering dispute resolution in the United States and around the world* (Irvington-on-Hudson, N.Y.) 5:12:280, December 1994.

Titre du sommaire : Bahrain adopted a new arbitration law based on the UNCITRAL Model Law.

Berger, K. P. UNCITRAL Modell-Gesetz. UNCITRAL- Schiedsgerichtsordnung. *Dans son ouvrage* Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit : verfahrens- und materiellrechtliche Grundprobleme im Spiegel moderner Schiedsgesetze und Schiedspraxis. Berlin : de Gruyter, 1992. p. 33-41, 45-47. (Recht des internationalen Wirtschaftsverkehrs ; Bd. 10)

Blessing, M. Draft UNCITRAL Guidelines for Preparatory Conferences : Bericht des Präsidenten [der Schweizerischen Vereinigung für Schiedsgerichtsbarkeit]. *Bulletin ASA; Association suisse de l'arbitrage* (Bâle, Suisse) 12:2:176-178, 1994.

Ce rapport renvoie aux documents A/CN.9/396 et Add.1 de la CNUDCI relatifs au projet de directives pour les conférences préliminaires dans le cadre des procédures arbitrales (1994).

Boo, L. Singapore adopts modified UNCITRAL Model Law. *World arbitration & mediation report : covering dispute resolution in the United States and around the world* (Irvington-on-Hudson, N.Y.) 5:12:279-280, December 1994.

Titre du sommaire : Singapore adopted a slightly modified version of the UNCITRAL Model Arbitration Law.

Butler, D. South African arbitration legislation : the need for reform. *Comparative and international law journal of Southern Africa* (Pretoria, South Africa) 27:2:118-163, July 1994.

Titres parallèles de la revue : *Tydskrif vir regsvergelyking en internasionale reg van Suidelike Afrika = Jornal de direito comparativo e internacional para os países do Sul da África = Journal de droit comparé et international des pays de l'Afrique Australe = Zeitschrift für Rechtsvergleichung und internationales Recht des südlichen Afrika*.

Christie, R. H. Arbitration : party autonomy or curial intervention. *South African law journal* (Cape Town, Afrique du Sud).

En trois volumes :
I *in* 111:1:143-151, February 1994;
II *in* 111:2:360-372, May 1994;
III *in* 111:3, August 1994.
Titres des trois volumes : The historical background. — International commercial arbitrations. — Domestic arbitrations.

Ehrat, F. R. Diskussion über das UNCITRAL-Projekt betreffend Guidelines for Preparatory Conferences in Arbitral Proceedings : ICCA International Arbitration Congress (12th : 3-6 November 1994 : Vienna, Austria), Working Group I : Planning Efficient Arbitration Proceedings. *Bulletin ASA; Association suisse de l'arbitrage* (Bâle, Suisse) 12:3/4:467-471 and 473, 1994.

Ce rapport renvoie aux documents A/CN.9/396 et Add.1 de la CNUDCI relatifs au projet de directives pour les conférences préliminaires dans le cadre des procédures arbitrales (1994).

Fillion-Dufouleur, B. *et* P. Leboulanger. Le nouveau droit égyptien de l'arbitrage. *Revue de l'arbitrage : Bulletin du Comité français de l'arbitrage* (Paris, France) 4:665-682, 763-781, octobre-décembre 1994.

L'annexe reproduit en français la nouvelle loi égyptienne sur l'arbitrage sous le titre : Loi n° 27 du 21 avril 1994 portant promulgation de la loi relative à l'arbitrage en matière civile et commerciale, p. 763-781.

Fouchard, P. Bahreïn se dote d'une législation sur l'arbitrage : information. *Revue de l'arbitrage : Bulletin du Comité français de l'arbitrage* (Paris, France) 4:790-791, 782, octobre-décembre 1994.

L'annexe reproduit en français la nouvelle loi de Bahreïn sur l'arbitrage sous le titre : Décret-loi n° 9/1994 portant promulgation de la loi sur l'arbitrage commercial international / *par* A. Hamid El Ahdab, p. 782.

——— Une initiative contestable de la CNUDCI : à propos du projet de "Directives pour les conférences préparatoires dans le cadre des procédures arbitrales". *Revue de l'arbitrage : Bulletin du Comité français de l'arbitrage* (Paris, France) 3:461-477, juillet-septembre 1994.

L'article fait référence aux documents A/CN.9/396 et Add.1 de la CNUDCI relatifs au projet de directives pour les conférences préliminaires dans le cadre des procédures arbitrales (1994). Des extraits de l'article ont été reproduits dans le *Bulletin ASA; Association suisse de l'arbitrage* (Bâle, Suisse) 12:3/4:369-382, 1994.

Germany looking to adopt UNCITRAL Model Law : arbitration note. *International arbitration report* (Wayne, Pa.) 9:5:15, May 1994.

Goleva, P. Bulgarien. Änderungen und Ergänzungen des Gesetzes über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit : Textdokumentation mit Einführung. *Wirtschaft und Recht in Osteuropa* (Munich, Allemagne) 53-54, 1994.

Hachem, M. L. L'arbitrage international dans le nouveau Code de l'arbitrage tunisien. *Rivista dell'arbitrato* : Associazione italiana per l'arbitrato (Milan, Italie) 4:3:599-607, 625-644, 1994.

L'annexe reproduit la nouvelle loi intitulée : Loi n° 93-42 du 26 avril 1993, portant promulgation du Code de l'arbitrage, p. 625-644.

Herrmann, G. An international view of Quebec's new arbitration law. *In* Conference New Legislation on Arbitration and Professional Perspectives = Colloque le nouveau droit de l'arbitrage et les perspectives professionnelles. Québec : Quebec National and International Commercial Arbitration Centre, 1987. p. 11-15.

——— The arbitration agreement as the foundation of arbitration and its recognition by the courts. *In* International Arbitration Congress (11th : 1993 : Bahrain). International arbitration in a changing world / *gen. ed.* A. van den Berg with the cooperation of the T.M.C. Asser Instituut. Deventer : Kluwer International Law and Taxation Publishers, c1994. p. 41-50. (International Council for Commercial Arbitration congress series ; no. 6)

Hoagland, A. C., Jr. Mexico enacts arbitration law based on UNCITRAL Model. *Revue de droit des affaires internationales* : Forum Européen de la communication (Paris, France) 3:360-361, 1994.

Titre parallèle de la revue : *International business law journal.*

Hobér, K. The new Draft Swedish Arbitration Act : commentary. *World arbitration & mediation report : covering dispute resolution in the United States and around the world* (Irvington-on-Hudson, N.Y.) 5:8:180-181, 194-202, August 1994.

Titre du sommaire : Sweden is considering a new draft arbitration law, including important provisions on arbitrability, procedures, awards, and judicial review.

L'annexe reproduit le texte du projet de la nouvelle loi suédoise sur l'arbitrage (p. 194-202). On constate, à la lecture de ce projet, que celui-ci ne présente que très peu de différences importantes ou essentielles avec la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage (1985), p. 180.

Hrvatsko arbitraž no savjetovanje (1st : 9-10 December 1993 : Zagreb, Croatia) M. Dika, M. Giunio *et* A. Uzelac, *éd.* Medjunarodna trgovačka arbitraž u Hrvatskoj i Sloveniji. Zagreb : Hrvatska gospodarska komora, 1993. 160 p. (Zbornik radova)

Traduction du titre tirée du résumé : L'arbitrage commercial international en Croatie et en Slovénie, p. 28.

Au-dessus du titre : Stalno izbrano sudi te pri Hrvatskoj gospodarskoj komori = Tribunal permanent d'arbitrage de la Chambre croate de l'économie.

Se compose d'exposés en croate avec résumés en anglais.

Hungary and Kenya move towards adoption of the Model Law. *World arbitration & mediation report : covering dispute resolution in the United States and around the world* (Irvington-on-Hudson, N.Y.) 5:11:259, November 1994.

Titre tiré du sommaire.

Titre des notes : Hungarian Parliament considering new arbitration law. — Model Law urged at Kenyan Conference [on International Trade Law (12-15 September 1994, Nairobi)].

Hungary finalizes adoption of UNCITRAL Law. *World arbitration & mediation report : covering dispute resolution in the United States and around the world* (Irvington-on-Hudson, N.Y.) 6:2:31, February 1995.

Titre du sommaire : Hungary adopted a new arbitration law based on the UNCITRAL Model Arbitration Law (1985).

Kaplan, N. Hong Kong arbitration : a model for arbitration : Hong Kong four years experience in arbitration under the Model Law .... *Asia law : the journal for Asia regional counsel* (Hong Kong) 1:23-27, January/February 1995.

Kaplan, N., J. Spruce *et* M. J. Moser. Hong Kong and China arbitration : cases and materials. Hong Kong : Butterworths, 1994. lxv, 843 p.

Comprend une bibliographie, des tableaux (des affaires, des règlements et des conventions et des lois), 37 appendices et un index par sujet. Certains appendices reproduisent des textes/des documents juridiques de la CNUDCI dans ce domaine.

Kurki-Suonio, R. L'influence sur la nouvelle loi finlandaise de la loi-type CNUDCI. *Revue de l'arbitrage : Bulletin du Comité français de l'arbitrage* (Paris, France) 3:499-504, juillet-septembre 1994.

Lalive, P. De la fureur réglementaire. *Bulletin ASA; Association suisse de l'arbitrage* (Bâle, Suisse) 12:2:213-219, 1994.

Cet article fait référence aux documents A/CN.9/396 et Add.1 de la CNUDCI sur le projet de directives pour les conférences préliminaires dans le cadre des procédures arbitrales (1994).

Lebedev, S. Russia. New laws on international arbitration. *Rivista dell'arbitrato* : Associazione italiana per l'arbitrato (Milan, Italie) 3:4:589-595, 1993.

Contient un résumé en italien, p. 594-595.

Lim, C. C. Singapore arbitration : remodelling the Model Law. *Asia law : the journal for Asia regional counsel* (Hong Kong) 1:28-31, January/February 1995.

Locknie, H. The adoption of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration in Singapore. *Singapore journal of legal studies* : Faculty of Law, National University of Singapore (Singapour) 387-416, December 1994.

Passer-Muslin, J. Ukrainian law on arbitration. *Parker School journal of East European law* : Parker School of Foreign and Comparative Law (New York, N.Y.) 1:3:433-436, 1994.

Potter, R. B. The coming age of the UNCITRAL Model Law [on International Commercial Arbitration] in Canada. *Canadian business law journal* (Agincourt, Ont.) 24:3:429-434, February 1995.

Titre parallèle de la revue : *Revue canadienne du droit de commerce.*

Rawding, N. ADR; alternative dispute resolution : Bermuda's International Conciliation and Arbitration Act 1993. *Arbitration international* : London Court of International Arbitration (Londres, Royaume-Uni) 10:1:179-184, November 1994.

La loi de 1993 incorpore au droit interne la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage (1985) et invoque le Règlement de conciliation de la CNUDCI (1980), mais seulement comme point de référence. Des extraits de la loi relative à la conciliation, c'est-à-dire du Règlement de conciliation de la CNUDCI (1980), sont reproduits en appendice, p. 104-109.

Rosen, J. A. Arbitration under private international law : the doctrines of separability and compétence de la compétence. *Fordham international law journal* : Fordham University School of Law (New York, N.Y.) 17:3:599-666, 1994.

Schlosser, P. Bald neues Recht der Schiedsgerichtsbarkeit in Deutschland? *Recht der internationalen Wirtschaft : Betriebs-Berater international* (Heidelberg, Allemagne) 40:9:723-728, September 1994.

Sekolec, J. The need for modern and harmonized regime for international arbitration. *Croatian arbitration yearbook* : Croatian Chamber of Commerce, Permanent Arbitration Court (Zagreb, Croatie) 1:27-49, 1994.

——— Update on UNCITRAL Guidelines on Preparatory Conferences in Arbitration. *World arbitration & mediation report : covering dispute resolution in the United States and around the world* (Irvington-on-Hudson, N.Y.) 5:11:256-257, 1994.

Cette courte note fait le point en ce qui concerne le premier projet de directives de la CNUDCI pour les conférences préliminaires dans le cadre des procédures arbitrales (documents A/CN.9/396 et Add.1 du 30 mars 1994).

Seminario El Derecho Comercial Internacional (20-21 October 1993 : Buenos Aires, Argentina)
UNCITRAL y el futuro derecho comercial : el arbitraje comercial, garantías y pagos internacionales, contrataciones públicas / A. I. Piaggi, *coordinator*. Buenos Aires : Depalma, 1994. xiv, 253 p.

Contributions concernant les textes juridiques de la CNUDCI dans le domaine de l'arbitrage commercial : UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration : background and salient features / J. Sekolec, p. 3-29. Le texte en espagnol de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage (1985) y est reproduit en annexe, p. 31-48). — Justicia, arbitraje y las reglas UNCITRAL 1985 en la Argentina / S. Le Pera, p. 49-55. — Otra vez sobre la conveniencia de adoptar la Ley Modelo de 1985 sobre Arbitraje Comercial Internacional de UNCITRAL / A. I. Piaggi, p. 61-67.

Semple, W. G. The UNCITRAL Model Law and provisional measures in international commercial arbitration. *Arbitration and dispute resolution law journal* (Londres, Royaume-Uni) 4:269-289, December 1994.

Article précédemment publié dans la *Revue de droit des affaires internationales* : Forum Européen de la communication (Paris, France) 6:765-781, 1993.

Steyn, Sir J. England's response to the Model Law of Arbitration : 1993 Freshfields arbitration lecture. *Arbitration : journal of the Chartered Institute of Arbitrators* (Londres, Royaume-Uni) 60:3:184-193, August 1994.

Tenenbaum, M. International arbitration of trade disputes in Mexico : the arrival of the NAFTA and the new reforms to the commercial code. *Journal of international arbitration* (Genève, Suisse) 12:1:53-78, March 1995.

Treviño, J. C. The new Mexican legislation on commercial arbitration. *Journal of international arbitration* (Genève, Suisse) 11:4:5-39, December 1994.

L'annexe contient la traduction non officielle en anglais de la nouvelle loi, faite par le Ministère mexicain du commerce et du développement, p. 30-39.

Uff, J. *et* D. Keating. Should England reconsider the UNCITRAL Model Law or not? *Arbitration international* : London Court of International Arbitration (Londres, Royaume-Uni) 10:2:179-184, 1994.

Ukraine adopts UNCITRAL Model Law. *World arbitration & mediation report: covering dispute resolution in the United States and around the world* (Irvington-on-Hudson, N.Y.) 5:6:131, June 1994.

Titre du sommaire : L'Ukraine a adopté une nouvelle loi sur l'arbitrage basée sur la Loi type et ressemblant à celle récemment adoptée par la Russie.

Wetter, G. The draft new Swedish Arbitration Act : the 'presentation' of June 1994. *Arbitration international* : London Court of International Arbitration (Londres, Royaume-Uni) 10:4:407-442, 1994.

Le Comité chargé de la préparation de la nouvelle loi sur l'arbitrage a étudié avec une extrême attention chacune des dispositions de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage (1985); on verra que le projet de loi suédois ne présente que peu de différences importantes ou essentielles quant au fond avec la Loi type. — Introduction, p. 409.
La traduction en anglais du projet de loi figure en appendice, p. 429-443.

Zhong wai touzi fa bijiao / Y. B. Zheng, *rédacteur en chef*. Shanghai : Tongji daxue chubanshe, 1993. 613 p.

Traduction du titre : La législation chinoise applicable aux investissements étrangers : comparaison avec la législation d'autres pays.
Chapitre 13. Règlement des différends relatifs aux investissements internationaux / S. Z. Lu, p. 401-430; entre autres : Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (1976).
L'appendice passe en revue la législation applicable aux investissements étrangers de 81 pays et territoires.
En chinois.

Zivy, I. La nouvelle loi sur l'arbitrage au Mexique. *Revue de l'arbitrage : Bulletin du Comité français de l'arbitrage* (Paris, France) 2:295-319, 405-420, 1994.

La traduction en français de la loi mexicaine est reproduite en annexe sous le titre : Loi sur l'arbitrage du 22 juillet 1993 / I. Zivy *et* A. Perrot, p. 405-420.

IV. Transports internationaux

Achard, R. Les Règles de Hambourg à nouveau mises en examen. *Droit maritime français* : Société du journal de la Marine marchande (Paris, France) 46:254-258, 1994.

Ansiela Núñez, A. Las Reglas de Hamburgo y las modificaciones al libro III del Código de comercio chileno. *Anuario de derecho marítimo* : Gobierno Vasco, Departamento de Transportes y Obras Públicas, Escuela de Administración Marítima (Barcelone, Espagne) 11:471-479, 1993.

Beelen, A. van *et* M. A. van de Laarschot. Van Den Haag naar Hamburg : van oude verdragen, de dingen die voorbijgaan. *Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie* : Koninklijke Notariele Broederschap ('S-Gravenhagen, Pays-Bas) 124:6113:819-826, 1993.

Bonassies, P. Rapport sur les Règles de Hambourg présenté au Conseil supérieur de la Marine marchande [par l'Association française du droit maritime]. *Droit maritime français* : Société du journal de la Marine marchande (Paris, France) 46:243-253, 1994.

Il s'agit d'une analyse article par article des Règles de Hambourg (1978); le texte des Règles n'est pas reproduit.

Camarda, G. La Convenzione sulla responsabilità dei gestori di terminali di trasporti : una verifica preventiva di costituzionalità. *Diritto del commercio internazionale, pratica internazionale e diritto interno* (Milan, Italie) 8:2:269-314, aprile-giugno 1994. (Giurisprudenza commerciale)

Contient une bibliographie, p. 270-271 (fn. 1).

Carbone, S. M. Il ruolo e la normativa uniforme dell'operatore terminalista. *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* (Padoue, Italie) 29:265-282, 1993.

Delwaide, L. The Hamburg Rules : a choice for the EEC? *Diritto marittimo : Rivista trimestrale di dottrina, giurisprudenza, legislazione italiana e straniera* (Gênes, Italie) 96:74-94, 1994.

Résumé des exposés prononcés lors du Colloque international organisé à l'Université d'Anvers les 18 et 19 novembre 1993 par l'Institut européen de droit maritime et des transports.
Voir ci-dessous : Hamburg Rules : a choice for the EEC?

Hamburg Rules : a choice for the EEC? International Colloquium held on 18 and 19 November 1993 / F. Berlingiere *et al.* Antwerpen : MAKLU Uitgevers, 1994. 239 p.

En haut de la page de couverture : European Institute of Maritime and Transport Law.
Contient une bibliographie.
Voir ci-dessus les résumés des exposés par L. Delwaide.

Hamburg Rules (1978) United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea, 1978 (Hamburg Rules). [Vienne, Autriche] : United Nations, 1994. iv, 30 p.

Accompagné d'une note explicative du secrétariat de la CNUDCI sur la Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, 1978 (Hambourg), p. 21-30, précédemment publiée sous la cote A/CN.9/306.
La brochure sera également disponible en espagnol et en français.
Les textes authentiques de la Convention (anglais, arabe, chinois, espagnol, français et russe) figurent en annexe du document A/CONF.89/13.

Harten, D. J. Das internationale Übereinkommen über die Haftung der Terminal Operators im internationalen Handelsverkehr und seine Anwendbarkeit auf die deutschen Güterumschlagsbetriebe. Hamburg : Luchterhand, 1993. xli, 271 p. (Schriften zum Transportrecht. Kommentator Verkehrsrecht)

Thèse de doctorat — Université de Hambourg (Allemagne), 1993.
Contient une bibliographie, p. xv à xxxi, et des annexes avec quelques textes juridiques pertinents. La Convention sur les exploitants de terminaux (1991) est reproduite en anglais à l'annexe I, p. 209-222, et en allemand à l'annexe II, p. 223-237.

Honnold, J. O. Porteadores transoceánicos y carga : claridad y equidad : La Haya o Hamburgo? / *tr.* P. J. Baena, *Derecho de los negocios* (Madrid, Espagne) 7:53:1-15, febrero 1995.

Il s'agit d'une traduction *de* : Ocean carriers and cargo : clarity and fairness : Hague or Hamburg? *Journal of maritime law and commerce* (Cincinnati, Ohio) 24:1:75-109, January 1993.

Illescas Ortiz, R. Régimen jurídico de la responsabilidad en el ámbito del transporte marítimo : derechos nacionales y convenios internacionales. *In* Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa : [XXV aniversario de MUSINI; Mutua de Seguros del Instituto Nacional de Industria] / *dirigidos por* F. Sánchez Calero. Madrid : MUSINI, 1994. p. 701-722.

Joko-Smart, H. M. From the Hague to Freetown via Hamburg, towards modern uniform rules for international sea transport. *Sierra Leone law journal* : University of Sierra Leone (Freetown, Sierra Leone) 1:1:7-25, November 1994.

Morán Bovio, D. Los límites del período de la responsabilidad del porteador en las Reglas de Hamburgo. *In* Estudios Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez Menéndez (en préparation), 28 p.

Cette contribution à une série d'articles en l'honneur du professeur A. Menéndez Menéndez concerne l'article 4 des Règles de Hambourg (1978).
Réimpression.

Ramberg, J. *et* E. Vincenzini. La Convenzione sulla responsabilità degli operatori di "transport terminals" nel commercio internazionale (Vienna, giugno 1989). *Diritto dei trasporti* (Padoue, Italie) 2:121-126, 1990. (Collana di diritto dei trasporti / Istituto di diritto della navigazione (Rome, Italie). Sezione attualita ; 6).

The Treaty on Terminal Operator Liability in International Trade / P. B. Larsen *et al.* *Journal of maritime law and commerce* (Cincinnati, Ohio) 25:3:339-392, July 1994.

United Nations Convention on the Liability of Operators of Transport Terminals in International Trade. *Multimodal transport newsletter* : Division du développement des services de la CNUCED (Genève, Suisse) 6:6-7, August 1993.

Vincenzini, E. Una realtà portuale e una figura giuridica nascente : il terminal operator. *Diritto dei trasporti* (Padoue, Italie) 2:61-69, 1989. (Collana di diritto dei trasporti / Istituto di diritto della navigazione (Rome, Italie). Sezione attualità ; 4).

V. Paiements internationaux

Abascal Zamora, J. M. Breve resumen de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Transferencias Internacionales de Crédito. *Revista de derecho privado* : Instituto de Investigaciones Jurídicas (México, D.F.) 3:10:67-75, enero-abril 1993.

Le texte espagnol de la Loi type de la CNUDCI sur les virements (1992) est reproduit en annexe, p. 77-92.

——— El comercio electrónico. *Financiero* : [sección] guía legal (México, D.F.).

En trois volumes :
I *in* 7A, martes 5 de abril de 1994;
II *in* 8A, miércoles 13 de abril de 1994;
III *in* 5A, miércoles 27 de abril de 1994.
Titre de chaque volume : Las funciones jurídicas de los documentos. — EDI en el comercio. Qué valor legal tiene un fax.
Titre courant de la revue : *Financiero, análisis.*

——— La Ley Modelo de la CNUDMI — UNCITRAL — sobre Transferencias Internacionales de Crédito. *Derecho de los negocios* (Madrid, Espagne) 4:39:14-17, diciembre 1993.

Bergsten, E. E. A payments law for the world : UNCITRAL Model Law on International Credit Transfers. *In* Payment systems of the world / R.C. Effros, *ed.* New York : Oceana, c1994. p. 407-499.

La Loi type de la CNUDCI sur les virements (1992) est reproduite à l'appendice C, p. 561-576.

Cerenza, L. La legge-tipo sui trasferimenti internazionali di fondi predisposta dall'UNCITRAL. *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza Legale* : Banca d'Italia (Rome, Italie) 29:159-169, settembre 1993.

Texte d'une communication pour un séminaire sur les systèmes de paiements intitulé : Convegno giuridico "Il sistema dei pagamenti", Perugia, 23-24 ottobre 1992.

Checa Martínez, M. Ley Modelo de la CNUDMI sobre Transferencias Internacionales de Crédito, de 15 de mayo de 1992. *Revista española de derecho internacional* : Consejo Superior de Investigaciones Científicas (Madrid, Espagne) 45:2:626-629, julio-diciembre 1993.

——— Las transferencias de crédito en el derecho del comercio internacional. Sección III, Labor de la CNUDMI en materia de transferencias internacionales de crédito : Ley modelo. *Revista de derecho bancario y bursátil* : Centro de Documentación Bancaria y Bursátil (Madrid, Espagne) 13:53:109-136, enero-marzo 1994.

Effros, R. C. UNCITRAL Model Law on International Credit Transfers compared with Uniform Commercial Code article 4A. *In* Payment systems of the world / R. C. Effros, *ed.* New York : Oceana, c1994. p. xxxiii-xxxvii.

La Loi type de la CNUDCI sur les virements (1992) est reproduite à l'appendice C, p. 561-576.

Genner, J. Das UNCITRAL Modellgesetz über den internationalen Überweisungsverkehr : ein Vorbild für Europa? *Zeitschrift für europäisches Privatrecht* (Munich, Allemagne) 3:1:60-66, 1995.

Greiner, M. J. Übersicht zu einigen Entwicklungen im internationalen Handels- und Verfahrensrecht. *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (Zürich, Suisse) 66:5:251-256, 1994.

Titres parallèles de la revue : *Swiss review of business law* = *Revue suisse de droit des affaires*.
L'article traite entre autres des travaux de la CNUDCI dans le domaine des garanties indépendantes, de la passation des marchés et de l'échange de données informatisées.

Heinrich, G. C. Funds transfers, payments, and payment systems : international initiatives towards legal harmonization. *International lawyer* : American Bar Association, Section of International Law and Practice (Chicago, Ill.) 28:3:787-824, fall 1994.

Publié également dans : Cross-border electronic banking : challenges and opportunities / J. J. Norton, C. Reed *and* I. Walden, *eds.* Londres : Lloyd's of London Press, 1995. p. 233-270.

Karagorgiou, S. Developments on the law of international credit transfers. *International banking and financial law* (Londres, Royaume-Uni) 12:12:119-120, May 1994.

Madrid Parra, A. Anteproyecto de Ley Modelo sobre aspectos jurídicos del intercambio electrónico de datos (EDI) y medios afines a la comunicación de datos. *In* Estudios Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont (en préparation), 30 p.

Cette contribution à une série d'articles en l'honneur du professeur M. Broseta Pont est un commentaire article par article du projet de loi type de la CNUDCI sur les aspects juridiques de l'échange de données informatisées (1994).

Murray, D. E. The United Nations Convention on International Bills of Exchange and International Promissory Notes with some comparisons with the former and revised article three of the Uniform Commercial Code. *University of Miami inter-American law review* : University of Miami School of Law (Coral Gables, Fla.) 25:2:189-225, winter 1993-94.

New UNCITRAL Model Law on Procurement accommodates electronic data interchanges. *Data law report* (Deerfield, Ill.) 1:2:22, September 1993.

Nicoll, C. E.D.I. [electronic data interchange] evidence and the Vienna Convention. *Journal of business law* (Londres, Royaume-Uni) 21-35, January 1995.

Note by the UNCITRAL secretariat on the UNCITRAL Model Law on International Credit Transfers = Note du secrétariat de la CNUDCI sur la Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux. *Uniform law review* : UNIDROIT (Rome, Italie) 2:2-27, 30-59, 1992, novembre 1994.

Titre parallèle de la revue : *Revue de droit uniforme*.
Il s'agit de la reproduction par le secrétariat de la CNUDCI, et uniquement pour information, du document de la CNUDCI A/CN.9/384, du 19 novembre 1993.
Le texte de la Loi type de la CNUDCI sur les virements (1992), adoptée par la Commission à sa vingt-cinquième session, tenue du 4 au 22 mai 1992 (A/47/17), est également reproduit.
Les deux textes sont présentés en anglais et en français en regard.

Porfirio Carpio, L. J. La Convención de la ONU sobre letras y pagarés internacionales y la Ley cambiaria española : algunos aspectos del pagaré. *Derecho de los negocios* (Madrid, Espagne) 3:25:29-35, octubre 1992.

Rennpferdt, P. Die internationalen Regelungsmodelle zu Leistungsort und -zeit von Geldschulden : das UNCITRAL-Modellgesetz über den internationalen Überweisungsverkehr. *Dans son* Die internationale Harmonisierung des Erfüllungsrechts für Geldschulden : ein Gegenvorschlag auf der Basis des Versendungsschuldmodells. 1. Aufl. Baden-Baden : Nomos, 1993. p. 55-60, 109-114.

Thèse de doctorat — Université de Göttingen (Allemagne), 1992/93.
Comporte une annexe de textes juridiques, p. 229-279, et une bibliographie, p. 281-301.
Contient également un résumé des résultats et une proposition pour une réglementation type dans le domaine du droit régissant l'exécution des dettes, p. 223-228.
En allemand, avec certains passages en anglais.

Roever, J.-H. M. Unification work by UNCITRAL on assignment of claims. *Law in transition : a newsletter on legal cooperation and training* : Banque européenne pour la reconstruction et le développement (Londres, Royaume-Uni) 28-29, winter/spring 1994.

Schneider, U. H. The uniform rules for international credit transfers under the UNCITRAL Model Law. *In* Legal issues in international credit transfers / W. Hadding *and* U. H. Schneider, *eds.* Berlin : Duncker & Humblot, c1993. p. 451-474. (Untersuchungen über das Spar-, Giro- und Kreditwesen. Abteilung B, Rechtswissenschaft ; Bd. 82/2)

Titre allemand de la contribution : Die einheitliche Regelung des internationalen Überweisungsverkehr durch das UNCITRAL-Modellgesetz, 1993.

Seminario El Derecho Comercial Internacional (20-21 octobre 1993 : Buenos Aires, Argentine)
UNCITRAL y el futuro derecho comercial : el arbitraje comercial, garantías y pagos internacionales, contrataciones públicas / A. I. Piaggi, *coordinator*. Buenos Aires : Depalma, 1994. xiv, 253 p.

Contributions concernant les textes juridiques de la CNUDCI dans le domaine des paiements internationaux : Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux / E. E. Bergsten, p. 117-131. — Projet de convention de la CNUDCI sur les lettres de garantie internationales / E. E. Bergsten, p. 133-145.

Sorieul, R. Update on the work of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) in the field of EDI. *EDI law review : legal aspects of paperless communication* (Dordrecht, Pays-Bas) 1:3:223-232, 1994.

Vasseur, M. Les transferts internationaux de fonds : la loi type des Nations Unies sur les virements internationaux. Les cartes de débit. *Recueil des cours* : Académie de droit international (La Haye, Pays-Bas) 2:239:117-405, 1993.

Titre parallèle de la collection : *Collected courses* : Hague Academy of International Law.
Contient une bibliographie, p. 402-405.
Le texte français de la Loi type de la CNUDCI sur les virements est reproduit en annexe, p. 389-401.

VI. Garanties indépendantes et lettres de crédit stand-by

Affaki, B. G. L'unification internationale du droit des garanties indépendantes. Paris : [s.n.], 1995. iii, 783 p.

Thèse de doctorat — Université Panthéon-Assas (Paris II) (Paris, France), 1995.
Contient une bibliographie et un index par sujet.
Concerne principalement le projet de convention de la CNUDCI sur les lettres de garantie internationales.

Fayers, R. What impact will the work at UNCITRAL have on the UCP [Uniform Customs and Practice for Documentary Credits (1993)]? *Documentary credits insight* : Chambre de commerce internationale (Paris, France) 1:1:17,23, winter 1995.

Titre courant de la revue : *Insight*.

Greiner, M. J. Übersicht zu einigen Entwicklungen im internationalen Handels- und Verfahrensrecht. *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (Zürich, Suisse) 66:5:251-256, 1994.

Titres parallèles de la revue : *Swiss review of business law* = *Revue suisse de droit des affaires*.
L'article traite entre autres des travaux de la CNUDCI dans le domaine des garanties indépendantes, de la passation des marchés et de l'échange de données informatisées.

Seminario El Derecho Comercial Internacional (20-21 octobre 1993 : Buenos Aires, Argentine)
UNCITRAL y el futuro derecho comercial : el arbitraje comercial, garantías y pagos internacionales, contrataciones públicas / A. I. Piaggi, *coordinator*. Buenos Aires : Depalma, 1994. xiv, 253 p.

Contribution consacrée au projet de la CNUDCI dans le domaine des garanties indépendantes : projet de convention de la CNUDCI sur les lettres de garantie internationales / B. E. Bergsten, p. 133-145.

VII. Passation des marchés

Greiner, M. J. Übersicht zu einigen Entwicklungen im internationalen Handels- und Verfahrensrecht. *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (Zürich, Suisse) 66:5:251-256, 1994.

Titres parallèles de la revue : *Swiss review of business law* = *Revue suisse de droit des affaires*.
Cet article est consacré, entre autres, aux travaux de la CNUDCI dans le domaine des garanties indépendantes, de la passation des marchés et de l'échange de données informatisées.

Morán Bovio, D. La contratación pública de obras y bienes se abre al mercado mundial : nueva Ley Modelo de UNCITRAL. *Derecho de los negocios* (Madrid, Espagne) 50:5:10-17, noviembre 1994.

New UNCITRAL Model Law on Procurement accommodates electronic data interchanges. *Data law report* (Deerfield, Ill.) 1:2:22, September 1993.

Seminario El Derecho Comercial Internacional (20-21 octobre 1993 : Buenos Aires, Argentine)
UNCITRAL y el futuro derecho comercial : el arbitraje comercial, garantías y pagos internacionales, contrataciones públicas / A. I. Piaggi, *coordinator*. Buenos Aires : Depalma, 1994. xiv, 253 p.

Contributions concernant les textes juridiques de la CNUDCI en rapport avec la passation des marchés : UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods and Construction : background and salient features / J. Sekolec, p. 167-183. — La Ley Modelo sobre Contratación Pública de la CNUDMI : conveniencia de su adopción por la República Argentina / Ma. Graciela Reiriz, p. 185-191. — El Proyecto de Ley Modelo sobre Adjudicación de Trabajos Públicos : conveniencia de su adopción / J. A. Sánchez, p. 197-204. — La regulación de la contratación pública / T. Hutchinson, p. 205-210. (L'annexe à cette partie présente le texte espagnol de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux (1993), p. 211-253).

United Nations Commission on International Trade Law : Model Law on Procurement of Goods and Construction, [adopted by UNCITRAL on 16 July 1993]. *International legal materials* : American Society of International Law (Washington, D.C.) 33:2:445-455, March 1994.

Reproduit la note d'introduction du Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux, document de la CNUDCI A/CN.9/393 du 1er décembre 1993. Reproduit également le texte de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés contenu dans le Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-sixième session, 5-23 juillet 1993 (A/48/17).

Wallace, D., Jr. UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services : the addition of services. *Public procurement law review* (Londres, Royaume-Uni) 6: CS 218-219, 1994.

Il s'agit d'une brève présentation de la nouvelle Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés (1994).

_____ The changing world of national procurement systems : global reformation. *Public procurement law review* (Londres, Royaume-Uni) 2:57-62, 1995.

Réimpression.

Westring, G. Multilateral and unilateral procurement regimes — to which camp does the UNCITRAL Model Law on Procurement belong? *Public procurement law review* (Londres, Royaume-Uni) 4:142-151, 1994.

VIII. Aspects transnationaux de l'insolvabilité

Colloquium on Cross-Border Insolvency (17-19 avril 1994, Vienne, Autriche)

Colloquium on Cross-Border Insolvency / J. F. Fletcher, *ed.* *International insolvency review* : International Association of Insolvency Practitioners; INSOL (Londres, Royaume-Uni) 4:1-115, 1995.

Numéro spécial consacré au Colloque.

ANNEXE

Liste récapitulative des titres abrégés des textes juridiques de la CNUDCI cités dans cette bibliographie avec les titres complets correspondants

Titre abrégé	*Titre complet*
Règles de Hambourg (1978)	Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, 1978 (Hambourg)
Convention sur la prescription (1974/1980)	Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (New York, 1974, telle qu'amendée par le Protocole de Vienne de 1980)
Convention sur les exploitants de terminaux (1991)	Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international (Vienne, 1991)
—	Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (1976)
—	Règlement de conciliation de la CNUDCI (1980)
Loi type de la CNUDCI sur les virements (1992)	Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux (1992)
Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage (1985)	Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985)
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)
Convention des Nations Unies sur les ventes (1980)	Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980)

V. LISTE DES DOCUMENTS DE LA CNUDCI

Cote	*Titre ou description*	*Emplacement dans le présent volume*
	A. Liste des documents dont la Commission a été saisie à sa vingt-septième session	
	1. *Documents à distribution générale*	
A/CN.9/383	Ordre du jour provisoire	Non reproduit
A/CN.9/384	Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux	Deuxième partie, VI, A
A/CN.9/385	Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international	Deuxième partie, VII
A/CN.9/386	Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux	Deuxième partie, VI, B
A/CN.9/387	Rapport du Groupe de travail sur les échanges de données informatisées sur les travaux de sa vingt-sixième session	Deuxième partie, III, A
A/CN.9/388	Rapport du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux sur les travaux de sa vingtième session	Deuxième partie, II, A
A/CN.9/389	Rapport du Groupe de travail du nouvel ordre économique international sur les travaux de sa seizième session	Deuxième partie, I, A
A/CN.9/390	Rapport du Groupe de travail sur les échanges de données informatisées sur les travaux de sa vingt-septième session	Deuxième partie, III, C
A/CN.9/391	Rapport du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux sur les travaux de sa vingt et unième session	Deuxième partie, II, C
A/CN.9/392	Rapport du Groupe de travail du nouvel ordre économique international sur les travaux de sa dix-septième session	Deuxième partie, I, C
A/CN.9/393	Passation de marchés : Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI pour la passation des marchés de biens et de travaux	Troisième partie, I
A/CN.9/394	Passation de marchés : projet d'amendements au Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux	Deuxième partie, I, B
A/CN.9/395	Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires	Deuxième partie, VIII
A/CN.9/396 et Add.1	Arbitrage commercial international : projet de directives pour les conférences préparatoires dans le cadre des procédures arbitrales	Deuxième partie, IV
A/CN.9/397	Travaux futurs possibles : aspects juridiques du financement par cession de créances	Deuxième partie, V, A

Cote	*Titre ou description*	*Emplacement dans le présent volume*
A/CN.9/398	Aspects transnationaux de l'insolvabilité : rapport sur le Colloque CNUDCI—INSOL	Deuxième partie, V, B
A/CN.9/399	Travaux futurs possibles : projets de construction, exploitation, transfert	Deuxième partie, V, C
A/CN.9/400	Formation et assistance technique	Deuxième partie, X
A/CN.9/401	État des conventions	Deuxième partie, IX, A
A/CN.9/401/Add.1	État des conventions, additif, état des Règles de Hambourg	Deuxième partie, IX, B
A/CN.9/403	Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services	Troisième partie, II
A/CN.9/417	Bibliographie des écrits récents ayant trait aux travaux de la CNUDCI	Troisième partie, IV
	2. Documents à distribution restreinte	
A/CN.9/XXVII/CRP.1 et Add.1 à 13	Projet de rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-septième session	Non reproduit
A/CN.9/XXVII/CRP.2	Rapport du groupe de rédaction	Non reproduit
A/CN.9/XXVII/CRP.3	Projet d'amendements au Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services	Non reproduit
A/CN.9/XXVII/CRP.4	Règles et usances uniformes de la CCI relatives aux crédits documentaires (RUU 500)	Non reproduit
A/CN.9/XXVII/CRP.5	Adoption de la Loi type et recommandation : projet de résolution	Non reproduit
	3. Documents d'information	
A/CN.9/XXVII/INF.1/Rev.1	Liste des participants	Non reproduit

B. Liste des documents dont le Groupe de travail du nouvel ordre économique international était saisi à sa seizième session

	1. Documents de travail	
A/CN.9/WG.V/WP.37	Ordre du jour provisoire	Non reproduit
A/CN.9/WG.V/WP.38	Projet de dispositions législatives types sur la passation des marchés de services	Deuxième partie, I, B
	2. Documents à distribution restreinte	
A/CN.9/WG.V/XVI/CRP.1 et Add.1 à 6	Projet de rapport du Groupe de travail du nouvel ordre économique international sur les travaux de sa seizième session	Non reproduit
	3. Documents d'information	
A/CN.9/WG.V/XVI/INF.1	Liste des participants	Non reproduit

Cote	Titre ou description	Emplacement dans le présent volume

C. Liste des documents dont le Groupe de travail du nouvel ordre économique international était saisi à sa dix-septième session

1. *Documents de travail*

A/CN.9/WG.V/WP.39	Ordre du jour provisoire	Non reproduit
A/CN.9/WG.V/WP.40	Projet d'amendements à apporter à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux	Deuxième partie, I, D

2. *Documents à distribution restreinte*

A/CN.9/WG.V/XVII/CRP.1 et Add.1 à 7	Projet de rapport du Groupe de travail du nouvel ordre économique international sur les travaux de sa dix-septième session	Non reproduit
A/CN.9/WG.V/XVII/CRP.2 et Add.1 à 4	Rapport du groupe de rédaction sur la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services	Non reproduit

3. *Documents d'information*

A/CN.9/WG.V/XVII/INF.1	Liste des participants	Non reproduit

D. Liste des documents dont le Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux était saisi à sa vingtième session

1. *Documents de travail*

A/CN.9/WG.II/WP.79	Ordre du jour provisoire	Non reproduit
A/CN.9/WG.II/WP.80	Nouvelle révision du projet de convention : articles premier à 17	Deuxième partie, II, B

2. *Documents à distribution restreinte*

A/CN.9/WG.II/XX/CRP.1 et Add.1 à 6	Projet de rapport du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux sur les travaux de sa vingtième session	Non reproduit

3. *Documents d'information*

A/CN.9/WG.II/XX/INF.1	Liste des participants	Non reproduit

E. Liste des documents dont était saisi le Groupe de travail sur les échanges de données informatisées à sa vingt-sixième session

1. *Documents de travail*

A/CN.9/WG.IV/WP.56	Ordre du jour provisoire	Non reproduit
A/CN.9/WG.IV/WP.57	Projet de règles uniformes sur les aspects juridiques de l'échange de données informatisées (EDI) et les moyens connexes de communication de données commerciales	Deuxième partie, III, B, 1
A/CN.9/WG.IV/WP.58	Proposition du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord	Deuxième partie, III, B, 2

Cote	*Titre ou description*	*Emplacement dans le présent volume*
	2. *Documents à distribution restreinte*	
A/CN.9/WG.IV/XXVI/ CRP.1 et Add.1 à 11	Projet de rapport du Groupe de travail sur les échanges de données informatisées sur les travaux de sa vingt-sixième session	Non reproduit
	3. *Documents d'information*	
A/CN.9/WG.IV/XXVI/ INF.1	Liste des participants	Non reproduit

F. Liste des documents dont était saisi le Groupe de travail sur les échanges de données informatisées à sa vingt-septième session

	1. *Documents de travail*	
A/CN.9/WG.IV/WP.59	Ordre du jour provisoire	Non reproduit
A/CN.9/WG.IV/WP.60	Articles révisés des règles uniformes sur les aspects juridiques de l'échange de données informatisées (EDI) et les moyens connexes de communication des données	Deuxième partie, III, D
	2. *Documents à distribution restreinte*	
A/CN.9/WG.IV/XXVII/ CRP.1 et Add.1 à 10	Projet de rapport du Groupe de travail sur les échanges de données informatisées sur les travaux de sa vingt-septième session	Non reproduit
A/CN.9/WG.IV/XXVII/ CRP.2	Proposition de la délégation française	Non reproduit
	3. *Documents d'information*	
A/CN.9/WG.II/XXVII/ INF.1	Liste des participants	Non reproduit

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

On indique dans la présente liste dans quels volumes précédents de l'*Annuaire* les documents relatifs aux travaux de la Commission ont été reproduits en donnant les précisions ci-après : année, partie, chapitre et page; 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
   b) Groupe de travail II : Vente internationale des objets mobiliers corporels (1968 à 1978 : première à onzième session); pratiques en matière de contrats internationaux (1981 à 1989 : à partir de la quatorzième session)
   c) Groupe de travail III : Réglementation internationale des transports maritimes
   d) Groupe de travail IV : Effets de commerce internationaux (1974 à 1987 : septième à vingtième session); paiements internationaux (1988 à 1992 : vingt et unième à vingt-quatrième session); échanges de données informatisées (1993 : à partir de la vingt-cinquième session)
   e) Groupe de travail V : Nouvel ordre économique international
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*	*Page*
	1. Rapports sur les sessions annuelles de la CNUDCI		
A/7216 (première session)	Volume I : 1968-1970	Deuxième partie, I, A	77
A/7618 (deuxième session)	Volume I : 1968-1970	Deuxième partie, II, A	101
A/8017 (troisième session)	Volume I : 1968-1970	Deuxième partie, III, A	138
A/8417 (quatrième session)	Volume II : 1971	Première partie, II, A	12
A/8717 (cinquième session)	Volume III : 1972	Première partie, II, A	11
A/9017 (sixième session)	Volume IV : 1973	Première partie, II, A	13
A/9617 (septième session)	Volume V : 1974	Première partie, II, A	13
A/10017 (huitième session)	Volume VI : 1975	Première partie, II, A	9
A/31/17 (neuvième session)	Volume VII : 1976	Première partie, II, A	11
A/32/17 (dixième session)	Volume VIII : 1977	Première partie, II, A	14
A/33/17 (onzième session)	Volume IX : 1978	Première partie, II, A	14
A/34/17 (douzième session)	Volume X : 1979	Première partie, II, A	14
A/35/17 (treizième session)	Volume XI : 1980	Première partie, II, A	7
A/36/17 (quatorzième session)	Volume XII : 1981	Première partie, A	3
A/37/17 et Corr.1 (quinzième session)	Volume XIII : 1982	Première partie, A	3
A/38/17 (seizième session)	Volume XIV : 1983	Première partie, A	3
A/39/17 (dix-septième session)	Volume XV : 1984	Première partie, A	3
A/40/17 (dix-huitième session)	Volume XVI : 1985	Première partie, A	3
A/41/17 (dix-neuvième session)	Volume XVII : 1986	Première partie, A	3
A/42/17 (vingtième session)	Volume XVIII : 1987	Première partie, A	3
A/43/17 (vingt et unième session)	Volume XIX : 1988	Première partie, A	3

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/44/17 (vingt-deuxième session)	Volume XX : 1989	Première partie, A	3
A/45/17 (vingt-troisième session)	Volume XXI : 1990	Première partie, A	3
A/46/17 (vingt-quatrième session)	Volume XXII : 1991	Première partie, A	3
A/47/17 (vingt-cinquième session)	Volume XXIII : 1992	Première partie, A	3
A/48/17 (vingt-sixième session)	Volume XXIV : 1993	Première partie, A	3

2. Résolutions de l'Assemblée générale

2102 (XX)	Volume I : 1968-1970	Première partie, II, A	19
2205 (XXI)	Volume I : 1968-1970	Première partie, II, E	70
2421 (XXIII)	Volume I : 1968-1970	Deuxième partie, I, B, 3	98
2502 (XXIV)	Volume I : 1968-1970	Deuxième partie, II, B, 3	135
2635 (XXV)	Volume II : 1971	Première partie, I, C	10
2766 (XXVI)	Volume III : 1972	Première partie, I, C	10
2928 (XXVII)	Volume IV : 1973	Première partie, I, C	10
2929 (XXVII)	Volume IV : 1973	Première partie, I, C	10
3104 (XXVIII)	Volume V : 1974	Première partie, I, C	10
3108 (XXVIII)	Volume V : 1974	Première partie, I, C	10
3316 (XXIX)	Volume VI : 1975	Première partie, I, C	7
3317 (XXIX)	Volume VI : 1975	Troisième partie, I, B	328
3494 (XXX)	Volume VII : 1976	Première partie, I, C	9
31/98	Volume VIII : 1977	Première partie, I, C	10
31/99	Volume VIII : 1977	Première partie, I, C	10
31/100	Volume VIII : 1977	Première partie, I, C	10
32/145	Volume IX : 1978	Première partie, I, C	11
32/438	Volume IX : 1978	Première partie, I, C	11
33/92	Volume X : 1979	Première partie, I, B	10
33/93	Volume X : 1979	Première partie, I, C	10
34/142	Volume XI : 1980	Première partie, I, C	4
34/143	Volume XI : 1980	Première partie, I, C	4
34/150	Volume XI : 1980	Troisième partie, III	177
35/166	Volume XI : 1980	Troisième partie, III	177
35/51	Volume XI : 1980	Première partie, II, D	32
35/52	Volume XI : 1980	Première partie, II, D	32
36/32	Volume XII : 1981	Première partie, D	21
36/107	Volume XII : 1981	Troisième partie, I	285
36/111	Volume XII : 1981	Troisième partie, II	286
37/103	Volume XIII : 1982	Troisième partie, III	463
37/106	Volume XIII : 1982	Première partie, D	23
37/107	Volume XIII : 1982	Première partie, D	23
38/128	Volume XIV : 1983	Troisième partie, III	279
38/134	Volume XIV : 1983	Première partie, D	23
38/135	Volume XIV : 1983	Première partie, D	23
39/82	Volume XV : 1984	Première partie, D	24
40/71	Volume XVI : 1985	Première partie, D	50
40/72	Volume XVI : 1985	Première partie, D	50
41/77	Volume XVII : 1986	Première partie, D	39
42/152	Volume XVIII : 1987	Première partie, D	43
42/153	Volume XVIII : 1987	Première partie, E	44
43/165 et annexe	Volume XIX : 1988	Première partie, D	20
43/166	Volume XIX : 1988	Première partie, E	21
44/33	Volume XX : 1989	Première partie, E	39
45/42	Volume XXI : 1990	Première partie, D	18
46/56	Volume XXII : 1991	Première partie, D	49
47/34	Volume XXIII : 1992	Première partie, D	26
48/32	Volume XXIV : 1993	Première partie, D	41
48/33	Volume XXIV : 1993	Première partie, D	42
48/34	Volume XXIV : 1993	Première partie, D	42

3. Rapports de la Sixième Commission

A/5728	Volume I : 1968-1970	Première partie, I, A	5
A/6396	Volume I : 1968-1970	Première partie, II, B	19
A/6594	Volume I : 1968-1970	Première partie, II, D	62
A/7408	Volume I : 1968-1970	Deuxième partie, I, B, 2	94
A/7747	Volume I : 1968-1970	Deuxième partie, II, B, 2	129

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/8146	Volume II : 1971	Première partie, I, B	5
A/8506	Volume III : 1972	Première partie, I, B	5
A/8896	Volume IV : 1973	Première partie, I, B	5
A/9408	Volume V : 1974	Première partie, I, B	3
A/9920	Volume VI : 1975	Première partie, I, B	3
A/9711	Volume VI : 1975	Troisième partie, I, A	328
A/10420	Volume VII : 1976	Première partie, I, B	5
A/31/390	Volume VIII : 1977	Première partie, I, B	5
A/32/402	Volume IX : 1978	Première partie, I, B	5
A/33/349	Volume X : 1979	Première partie, I, B	5
A/34/780	Volume XI : 1980	Première partie, I, B	4
A/35/627	Volume XI : 1980	Première partie, II, C	31
A/36/669	Volume XII : 1981	Première partie, C	21
A/37/620	Volume XIII : 1982	Première partie, C	22
A/38/667	Volume XIV : 1983	Première partie, C	22
A/39/698	Volume XV : 1984	Première partie, C	24
A/40/935	Volume XVI : 1985	Première partie, C	49
A/41/861	Volume XVII : 1986	Première partie, C	38
A/42/836	Volume XVIII : 1987	Première partie, C	41
A/43/820	Volume XIX : 1988	Première partie, C	19
A/C.6/43/L.2	Volume XIX : 1988	Troisième partie, II, A	195
A/43/405 et Add.1 à 3	Volume XIX : 1988	Troisième partie, II, B	196
A/44/453 et Add.1	Volume XX : 1989	Première partie, C	35
A/44/723	Volume XX : 1989	Première partie, D	38
A/45/736	Volume XXI : 1990	Première partie, C	18
A/46/688	Volume XXII : 1991	Première partie, C	48
A/47/586	Volume XXIII : 1992	Première partie, C	25
A/48/613	Volume XXIV : 1993	Première partie, C	40

4. Extraits des rapports du Conseil du commerce et du développement, Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement

A/7214	Volume I : 1968-1970	Deuxième partie, I, B, 1	92
A/7616	Volume I : 1968-1970	Deuxième partie, II, B, 1	129
A/8015/Rev.1	Volume II : 1971	Première partie, I, A	5
TD/B/C.4/86, annexe I	Volume II : 1971	Deuxième partie, IV	151
A/8415/Rev.1	Volume III : 1972	Première partie, I, A	5
A/8715/Rev.1	Volume IV : 1973	Première partie, I, A	5
A/9015/Rev.1	Volume V : 1974	Première partie, I, A	5
A/9615/Rev.1	Volume VI : 1975	Première partie, I, A	5
A/10015/Rev.1	Volume VII : 1976	Première partie, I, A	5
TD/B/617	Volume VIII : 1977	Première partie, I, A	5
TD/B/664	Volume IX : 1978	Première partie, I, A	5
A/33/15/Vol.II	Volume X : 1979	Première partie, I, A	5
A/34/15/Vol.II	Volume XI : 1980	Première partie, I, A	3
A/35/15/Vol.II	Volume XI : 1980	Première partie, II, B	31
A/36/15/Vol.II	Volume XII : 1981	Première partie, B	20
TD/B/930	Volume XIII : 1982	Première partie, B	22
TD/B/973	Volume XIV : 1983	Première partie, B	22
TD/B/1026	Volume XV : 1984	Première partie, B	24
TD/B/1077	Volume XVI : 1985	Première partie, B	49
TD/B/L.810/Add.9	Volume XVII : 1986	Première partie, B	37
A/42/15	Volume XVIII : 1987	Première partie, B	41
TD/B/1193	Volume XIX : 1988	Première partie, B	19
TD/B/1234/Vol.II	Volume XX : 1989	Première partie, B	18
TD/B/1277/Vol.II	Volume XXI : 1990	Première partie, B	18
TD/B/1309/Vol.II	Volume XXII : 1991	Première partie, B	48
TD/B/39(1)/15	Volume XXIII : 1992	Première partie, B	25
TD/B/40(1)/14 (Vol.I)	Volume XXIV : 1993	Première partie, B	39

5. Documents soumis à la CNUDCI (y compris les rapports des sessions des groupes de travail)

A/C.6/L.571	Volume I : 1968-1970	Première partie, I, B	5
A/C.6/L.572	Volume I : 1968-1970	Première partie, I, C	14
A/CN.9/15 et Add.1	Volume I : 1968-1970	Troisième partie, III, B	273

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/CN.9/18	Volume I : 1968-1970	Troisième partie, I, C, 1	221
A/CN.9/19	Volume I : 1968-1970	Troisième partie, III, A, 1	255
A/CN.9/21 et Corr. 1	Volume I : 1968-1970	Troisième partie, IV, A	278
A/CN.9/30	Volume I : 1968-1970	Troisième partie, I, D	232
A/CN.9/31	Volume I : 1968-1970	Troisième partie, I, A, 1	169
A/CN.9/33	Volume I : 1968-1970	Troisième partie, I, B	215
A/CN.9/34	Volume I : 1968-1970	Troisième partie, I, C, 2	230
A/CN.9/35	Volume I : 1968-1970	Troisième partie, I, A, 2	188
A/CN.9/38	Volume I : 1968-1970	Troisième partie, II, A, 2	259
A/CN.9/L.19	Volume I : 1968-1970	Troisième partie, V, A	305
A/CN.9/38/Add.1	Volume II : 1971	Deuxième partie, II, 1	124
A/CN.9/41	Volume I : 1968-1970	Troisième partie, II, A	249
A/CN.9/48	Volume II : 1971	Deuxième partie, II, 2	125
A/CN.9/50 et annexes I à IV	Volume II : 1971	Deuxième partie, I, C, 2	96
A/CN.9/52	Volume II : 1971	Deuxième partie, I, A, 2	55
A/CN.9/54	Volume II : 1971	Deuxième partie, I, B, 1	73
A/CN.9/55	Volume II : 1971	Deuxième partie, III	145
A/CN.9/60	Volume II : 1971	Deuxième partie, IV	151
A/CN.9/62 et Add.1 et 2	Volume III : 1972	Deuxième partie, I, A, 5	85
A/CN.9/63 et Add. 1	Volume III : 1972	Deuxième partie, IV	272
A/CN.9/64	Volume III : 1972	Deuxième partie, III	210
A/CN.9/67	Volume III : 1972	Deuxième partie, II, 1	159
A/CN.9/70 et Add.2	Volume III : 1972	Deuxième partie, I, B, 1	105
A/CN.9/73	Volume III : 1972	Deuxième partie, II, B, 3	115
A/CN.9/74 et annexe I	Volume IV : 1973	Deuxième partie, IV, 1	151
A/CN.9/75	Volume IV : 1973	Deuxième partie, I, A, 3	69
A/CN.9/76 et Add.1	Volume IV : 1973	Deuxième partie, IV, 4 et 5	222
A/CN.9/77	Volume IV : 1973	Deuxième partie, II, 1	114
A/CN.9/78	Volume IV : 1973	Deuxième partie, I, B	89
A/CN.9/79	Volume IV : 1973	Deuxième partie, III, 1	143
A/CN.9/82	Volume IV : 1973	Deuxième partie, V	239
A/CN.9/86	Volume V : 1974	Deuxième partie, II, 1	99
A/CN.9/87	Volume V : 1974	Deuxième partie, I, 1	29
A/CN.9/87, annexes I à IV	Volume V : 1974	Deuxième partie, I, 2 à 5	51
A/CN.9/88 et Add.1	Volume V : 1974	Deuxième partie, III, 1 et 2	115
A/CN.9/91	Volume V : 1974	Deuxième partie, IV	199
A/CN.9/94 et Add.1 et 2	Volume V : 1974	Deuxième partie, V	203
A/CN.9/96 et Add.1	Volume VI : 1975	Deuxième partie, IV, 1 et 2	209
A/CN.9/97 et Add.1 à 4	Volume VI : 1975	Deuxième partie, III	182
A/CN.9/98	Volume VI : 1975	Deuxième partie, I, 6	128
A/CN.9/99	Volume VI : 1975	Deuxième partie, II, 1	135
A/CN.9/100, annexes I à IV	Volume VI : 1975	Deuxième partie, I, 1 à 5	67
A/CN.9/101 et Add.1	Volume VI : 1975	Deuxième partie, II, 3 et 4	152
A/CN.9/102	Volume VI : 1975	Deuxième partie, II, 5	178
A/CN.9/103	Volume VI : 1975	Deuxième partie, V	285
A/CN.9/104	Volume VI : 1975	Deuxième partie, VI	305
A/CN.9/105	Volume VI : 1975	Deuxième partie, IV, 3	248
A/CN.9/105, annexe	Volume VI : 1975	Deuxième partie, IV, 4	274
A/CN.9/106	Volume VI : 1975	Deuxième partie, VIII	314
A/CN.9/107	Volume VI : 1975	Deuxième partie, VII	311
A/CN.9/109 et Add.1 et 2	Volume VII : 1976	Deuxième partie, IV, 1 à 3	196
A/CN.9/110	Volume VII : 1976	Deuxième partie, IV, 4	278
A/CN.9/112 et Add.1	Volume VII : 1976	Deuxième partie, III, 1 et 2	157
A/CN.9/113	Volume VII : 1976	Deuxième partie, III, 3	184
A/CN.9/114	Volume VII : 1976	Deuxième partie, III, 4	194
A/CN.9/115	Volume VII : 1976	Deuxième partie, IV, 5	322
A/CN.9/116 et annexes I et II	Volume VII : 1976	Deuxième partie, I, 1 à 3	89
A/CN.9/117	Volume VII : 1976	Deuxième partie, II, 1	143
A/CN.9/119	Volume VII : 1976	Deuxième partie, VI	327
A/CN.9/121	Volume VII : 1976	Deuxième partie, V	326
A/CN.9/125 et Add.1 à 3	Volume VIII : 1977	Deuxième partie, I, D	119
A/CN.9/126	Volume VIII : 1977	Deuxième partie, I, E	158
A/CN.9/127	Volume VIII : 1977	Deuxième partie, III	256
A/CN.9/128 et annexes I et II	Volume VIII : 1977	Deuxième partie, I, A à C	79
A/CN.9/129 et Add.1	Volume VIII : 1977	Deuxième partie, VI, A et B	327
A/CN.9/131	Volume VIII : 1977	Deuxième partie, II, A	191
A/CN.9/132	Volume VIII : 1977	Deuxième partie, II, B	244
A/CN.9/133	Volume VIII : 1977	Deuxième partie, IV, A	257

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/CN.9/135	Volume VIII : 1977	Deuxième partie, I, F	184
A/CN.9/137	Volume VIII : 1977	Deuxième partie, V	324
A/CN.9/139	Volume VIII : 1977	Deuxième partie, IV, B	300
A/CN.9/141	Volume IX : 1978	Deuxième partie, II, A	168
A/CN.9/142	Volume IX : 1978	Deuxième partie, I, A	71
A/CN.9/143	Volume IX : 1978	Deuxième partie, I, C	121
A/CN.9/144	Volume IX : 1978	Deuxième partie, I, D	123
A/CN.9/145	Volume IX : 1978	Deuxième partie, I, E	136
A/CN.9/146 et Add.1 à 4	Volume IX : 1978	Deuxième partie, I, F	143
A/CN.9/147	Volume IX : 1978	Deuxième partie, II, B	183
A/CN.9/148	Volume IX : 1978	Deuxième partie, III	204
A/CN.9/149 et Corr.1 et 2	Volume IX : 1978	Deuxième partie, IV, A	206
A/CN.9/151	Volume IX : 1978	Deuxième partie, V	225
A/CN.9/155	Volume IX : 1978	Deuxième partie, IV, B	223
A/CN.9/156	Volume IX : 1978	Deuxième partie, IV, C	223
A/CN.9/157	Volume X : 1979	Deuxième partie, II, A	68
A/CN.9/159	Volume X : 1979	Deuxième partie, I, A	41
A/CN.9/160	Volume X : 1979	Deuxième partie, I, B	43
A/CN.9/161	Volume X : 1979	Deuxième partie, I, C	44
A/CN.9/163	Volume X : 1979	Deuxième partie, II, B	85
A/CN.9/164	Volume X : 1979	Deuxième partie, I, D	54
A/CN.9/165	Volume X : 1979	Deuxième partie, II, C	88
A/CN.9/166	Volume X : 1979	Deuxième partie, III, A	95
A/CN.9/167	Volume X : 1979	Deuxième partie, III, B	99
A/CN.9/168	Volume X : 1979	Deuxième partie, III, C	108
A/CN.9/169	Volume X : 1979	Deuxième partie, III, D	117
A/CN.9/170	Volume X : 1979	Deuxième partie, III, E	118
A/CN.9/171	Volume X : 1979	Deuxième partie, IV	121
A/CN.9/172	Volume X : 1979	Deuxième partie, V	131
A/CN.9/175	Volume X : 1979	Deuxième partie, VI	140
A/CN.9/176	Volume XI : 1980	Deuxième partie, V, A	123
A/CN.9/177	Volume XI : 1980	Deuxième partie, II	39
A/CN.9/178	Volume XI : 1980	Deuxième partie, III, A	45
A/CN.9/179	Volume XI : 1980	Deuxième partie, IV, A	101
A/CN.9/180	Volume XI : 1980	Deuxième partie, IV, B	104
A/CN.9/181 et annexe	Volume XI : 1980	Deuxième partie, III, B et C	56
A/CN.9/183	Volume XI : 1980	Deuxième partie, I	37
A/CN.9/186	Volume XI : 1980	Deuxième partie, III, D	92
A/CN.9/187 et Add.1 à 3	Volume XI : 1980	Deuxième partie, IV, C	113
A/CN.9/189	Volume XI : 1980	Deuxième partie, IV, D	119
A/CN.9/191	Volume XI : 1980	Deuxième partie, V, B	128
A/CN.9/192 et Add.1 et 2	Volume XI : 1980	Deuxième partie, VI	145
A/CN.9/193	Volume XI : 1980	Deuxième partie, V, C	142
A/CN.9/194	Volume XI : 1980	Deuxième partie, V, D	143
A/CN.9/196	Volume XII : 1981	Deuxième partie, II, A	53
A/CN.9/197	Volume XII : 1981	Deuxième partie, I, A	27
A/CN.9/198	Volume XII : 1981	Deuxième partie, IV, A	99
A/CN.9/199	Volume XII : 1981	Deuxième partie, II, B	74
A/CN.9/200	Volume XII : 1981	Deuxième partie, II, C	75
A/CN.9/201	Volume XII : 1981	Deuxième partie, I, C	50
A/CN.9/202 et Add.1 à 4	Volume XII : 1981	Deuxième partie, V, A	203
A/CN.9/203	Volume XII : 1981	Deuxième partie, V, B	252
A/CN.9/204	Volume XII : 1981	Deuxième partie, VIII	279
A/CN.9/205/Rev.1	Volume XII : 1981	Deuxième partie, VI	273
A/CN.9/206	Volume XII : 1981	Deuxième partie, VII	275
A/CN.9/207	Volume XII : 1981	Deuxième partie, III	79
A/CN.9/208	Volume XII : 1981	Deuxième partie, V, C	271
A/CN.9/210	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, II, A, 1	47
A/CN.9/211	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, II, A, 3	117
A/CN.9/212 (S = Corr.1)	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, II, A, 5	199
A/CN.9/213	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, II, A, 4	131
A/CN.9/214	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, II, A, 6	211
A/CN.9/215	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, II, B, 1	270
A/CN.9/216	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, III, A	308
A/CN.9/217	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, IV, A	339
A/CN.9/218	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, I, A	29
A/CN.9/219 et Add.1 (F = Corr.1)	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, I, B	37
A/CN.9/220	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, II, B, 3	290

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/CN.9/221 (F = Corr.1)	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, II, C	292
A/CN.9/222	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, III, C	334
A/CN.9/223	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, II, A, 7	268
A/CN.9/224	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, V	427
A/CN.9/225 (F = Corr.1)	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, VI, B	433
A/CN.9/226	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, VI, A	433
A/CN.9/227	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, VII	451
A/CN.9/228	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, VIII	453
A/CN.9/229	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, VI, C	447
A/CN.9/232	Volume XIV : 1983	Deuxième partie, III, A	37
A/CN.9/233	Volume XIV : 1983	Deuxième partie, III, C	65
A/CN.9/234	Volume XIV : 1983	Deuxième partie, IV, A	107
A/CN.9/235	Volume XIV : 1983	Deuxième partie, I	29
A/CN.9/236	Volume XIV : 1983	Deuxième partie, V, C	183
A/CN.9/237 et Add.1 à 3	Volume XIV : 1983	Deuxième partie, V, B	145
A/CN.9/238	Volume XIV : 1983	Deuxième partie, V, D	190
A/CN.9/239	Volume XIV : 1983	Deuxième partie, V, A	143
A/CN.9/240	Volume XIV : 1983	Deuxième partie, VII	207
A/CN.9/241	Volume XIV : 1983	Deuxième partie, VI	205
A/CN.9/242	Volume XIV : 1983	Deuxième partie, II	35
A/CN.9/245	Volume XV : 1984	Deuxième partie, II, A, 1	151
A/CN.9/246 et annexe	Volume XV : 1984	Deuxième partie, II, B, 1 et 2	186
A/CN.9/247	Volume XV : 1984	Deuxième partie, III, A	235
A/CN.9/248	Volume XV : 1984	Deuxième partie, I, A, 1	29
A/CN.9/249 et Add.1	Volume XV : 1984	Deuxième partie, I, A, 2	100
A/CN.9/250 et Add.1 à 4	Volume XV : 1984	Deuxième partie, I, B	109
A/CN.9/251	Volume XV : 1984	Deuxième partie, V, B	321
A/CN.9/252 et annexes I et II	Volume XV : 1984	Deuxième partie, IV, A et B	251
A/CN.9/253	Volume XV : 1984	Deuxième partie, V, C	330
A/CN.9/254	Volume XV : 1984	Deuxième partie, V, D	335
A/CN.9/255	Volume XV : 1984	Deuxième partie, V, A	319
A/CN.9/256	Volume XV : 1984	Deuxième partie, VII	341
A/CN.9/257	Volume XV : 1984	Deuxième partie, VI	339
A/CN.9/259	Volume XVI : 1985	Deuxième partie, III, A, 1	209
A/CN.9/260	Volume XVI : 1985	Deuxième partie, IV, A	341
A/CN.9/261	Volume XVI : 1985	Deuxième partie, II, A	147
A/CN.9/262	Volume XVI : 1985	Deuxième partie, III, B, 1	261
A/CN.9/263 et Add.1 à 3	Volume XVI : 1985	Deuxième partie, I, A	55
A/CN.9/264	Volume XVI : 1985	Deuxième partie, I, B	106
A/CN.9/265	Volume XVI : 1985	Deuxième partie, V	365
A/CN.9/266 et Add.1 et 2	Volume XVI : 1985	Deuxième partie, II, B	157
A/CN.9/267	Volume XVI : 1985	Deuxième partie, IX	401
A/CN.9/268	Volume XVI : 1985	Deuxième partie, III, C	339
A/CN.9/269	Volume XVI : 1985	Deuxième partie, VI	381
A/CN.9/270	Volume XVI : 1985	Deuxième partie, VIII	399
A/CN.9/271	Volume XVI : 1985	Deuxième partie, VII	395
A/CN.9/273	Volume XVII : 1986	Deuxième partie, I, A, 1	43
A/CN.9/274	Volume XVII : 1986	Deuxième partie, I, A, 2	61
A/CN.9/275	Volume XVII : 1986	Deuxième partie, III, A	187
A/CN.9/276	Volume XVII : 1986	Deuxième partie, II, A	89
A/CN.9/277	Volume XVII : 1986	Deuxième partie, II, C	173
A/CN.9/278	Volume XVII : 1986	Deuxième partie, I, B	83
A/CN.9/279	Volume XVII : 1986	Deuxième partie, V	247
A/CN.9/280	Volume XVII : 1986	Deuxième partie, IV	230
A/CN.9/281	Volume XVII : 1986	Deuxième partie, VI	263
A/CN.9/282	Volume XVII : 1986	Deuxième partie, VIII	309
A/CN.9/283	Volume XVII : 1986	Deuxième partie, VII	303
A/CN.9/285	Volume XVII : 1986	Deuxième partie, I, A, 4	81
A/CN.9/287	Volume XVIII : 1987	Deuxième partie, III, A	115
A/CN.9/288	Volume XVIII : 1987	Deuxième partie, I, 1	49
A/CN.9/289	Volume XVIII : 1987	Deuxième partie, II, A, 1	105
A/CN.9/290	Volume XVIII : 1987	Deuxième partie, II, A, 4	112
A/CN.9/291	Volume XVIII : 1987	Deuxième partie, II, B	113
A/CN.9/292	Volume XVIII : 1987	Deuxième partie, IV	141
A/CN.9/293	Volume XVIII : 1987	Deuxième partie, VI	153
A/CN.9/294	Volume XVIII : 1987	Deuxième partie, V	147
A/CN.9/297	Volume XIX : 1988	Deuxième partie, I, A, 1	25
A/CN.9/298	Volume XIX : 1988	Deuxième partie, II, A	67

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/CN.9/299	Volume XIX : 1988	Deuxième partie, X, B	171
A/CN.9/300	Volume XIX : 1988	Deuxième partie, X, A	169
A/CN.9/301	Volume XIX : 1988	Deuxième partie, I, B	49
A/CN.9/302	Volume XIX : 1988	Deuxième partie, III	93
A/CN.9/303	Volume XIX : 1988	Deuxième partie, IX	155
A/CN.9/304	Volume XIX : 1988	Deuxième partie, VII, A	131
A/CN.9/305	Volume XIX : 1988	Deuxième partie, VII, B	136
A/CN.9/306	Volume XIX : 1988	Deuxième partie, IV	109
A/CN.9/307	Volume XIX : 1988	Deuxième partie, V, A	115
A/CN.9/308	Volume XIX : 1988	Deuxième partie, V, B	119
A/CN.9/309	Volume XIX : 1988	Deuxième partie, VI	123
A/CN.9/310	Volume XIX : 1988	Deuxième partie, VII, D	146
A/CN.9/311	Volume XIX : 1988	Deuxième partie, VIII	149
A/CN.9/312	Volume XIX : 1988	Deuxième partie, VII, C	142
A/CN.9/315	Volume XX : 1989	Deuxième partie, II, A	111
A/CN.9/316	Volume XX : 1989	Deuxième partie, IV, A	197
A/CN.9/317	Volume XX : 1989	Deuxième partie, I, A	43
A/CN.9/318	Volume XX : 1989	Deuxième partie, I, C	73
A/CN.9/319 et Add.1 à 5	Volume XX : 1989	Deuxième partie, III, A	161
A/CN.9/320	Volume XX : 1989	Deuxième partie, III, B	188
A/CN.9/321	Volume XX : 1989	Deuxième partie, III, C	193
A/CN.9/322	Volume XX : 1989	Deuxième partie, V	223
A/CN.9/323	Volume XX : 1989	Deuxième partie, VIII	267
A/CN.9/324	Volume XX : 1989	Deuxième partie, VI	233
A/CN.9/325	Volume XX : 1989	Deuxième partie, VII	261
A/CN.9/328	Volume XXI : 1990	Deuxième partie, I, A	28
A/CN.9/329	Volume XXI : 1990	Deuxième partie, I, D	72
A/CN.9/330	Volume XXI : 1990	Deuxième partie, IV, A	237
A/CN.9/331	Volume XXI : 1990	Deuxième partie, II, A	123
A/CN.9/332 et Add.1 à 7	Volume XXI : 1990	Deuxième partie, III	193
A/CN.9/333	Volume XXI : 1990	Deuxième partie, V	265
A/CN.9/334	Volume XXI : 1990	Deuxième partie, VI	279
A/CN.9/335	Volume XXI : 1990	Deuxième partie, IX	311
A/CN.9/336	Volume XXI : 1990	Deuxième partie, VII	281
A/CN.9/337	Volume XXI : 1990	Deuxième partie, VIII	305
A/CN.9/338	Volume XXI : 1990	Deuxième partie, X	315
A/CN.9/341	Volume XXII : 1991	Deuxième partie, I, C	152
A/CN.9/342	Volume XXII : 1991	Deuxième partie, III, A	329
A/CN.9/343	Volume XXII : 1991	Deuxième partie, II, A	277
A/CN.9/344	Volume XXII : 1991	Deuxième partie, I, E	206
A/CN.9/345	Volume XXII : 1991	Deuxième partie, III, C	359
A/CN.9/346	Volume XXII : 1991	Deuxième partie, I, A	53
A/CN.9/347 et Add.1	Volume XXII : 1991	Deuxième partie, I, B	107
A/CN.9/348	Volume XXII : 1991	Deuxième partie, V, B	421
A/CN.9/349	Volume XXII : 1991	Deuxième partie, VIII	471
A/CN.9/350	Volume XXII : 1991	Deuxième partie, IV	403
A/CN.9/351	Volume XXII : 1991	Deuxième partie, VII	467
A/CN.9/352	Volume XXII : 1991	Deuxième partie, V, A	421
A/CN.9/353	Volume XXII : 1991	Deuxième partie, VI	459
A/CN.9/356	Volume XXIII : 1992	Deuxième partie, III, A	211
A/CN.9/357	Volume XXIII : 1992	Deuxième partie, II, A	39
A/CN.9/358	Volume XXIII : 1992	Deuxième partie, IV, A	310
A/CN.9/359	Volume XXIII : 1992	Deuxième partie, III, C	263
A/CN.9/360	Volume XXIII : 1992	Deuxième partie, V, A	369
A/CN.9/361	Volume XXIII : 1992	Deuxième partie, IV, C	348
A/CN.9/362 et Add.1 à 17	Volume XXIII : 1992	Deuxième partie, II, C	97
A/CN.9/363	Volume XXIII : 1992	Deuxième partie, VIII	419
A/CN.9/364	Volume XXIII : 1992	Deuxième partie, VI, A	407
A/CN.9/367	Volume XXIII : 1992	Deuxième partie, I, A	31
A/CN.9/368	Volume XXIII : 1992	Deuxième partie, VII	411
A/CN.9/371	Volume XXIV : 1993	Deuxième partie, I, A	47
A/CN.9/372	Volume XXIV : 1993	Deuxième partie, II, A	149
A/CN.9/373	Volume XXIV : 1993	Deuxième partie, III, A	203
A/CN.9/374	Volume XXIV : 1993	Deuxième partie, II, C	187
A/CN.9/375	Volume XXIV : 1993	Deuxième partie, I, C	110
A/CN.9/376 et Add.1 et 2	Volume XXIV : 1993	Deuxième partie, I, D	129
A/CN.9/377	Volume XXIV : 1993	Deuxième partie, I, E	146
A/CN.9/378 et Add.1 à 5	Volume XXIV : 1993	Deuxième partie, IV, A à F	243

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/CN.9/379	Volume XXIV : 1993	Deuxième partie, VII	313
A/CN.9/380	Volume XXIV : 1993	Deuxième partie, V	279
A/CN.9/381	Volume XXIV : 1993	Deuxième partie, VI	305
A/CN.9/393	Volume XXIV : 1993	Troisième partie, II	341

6. Documents soumis aux groupes de travail

a) *Groupe de travail I : Délais et prescription*

A/CN.9/WG.I/WP.9	Volume II : 1971	Deuxième partie, I, C, 1	81

b) *Groupe de travail II*

i) *Vente internationale des objets mobiliers corporels*

A/CN.9/WG.2/WP.1	Volume I : 1968-1970	Troisième partie, I, A, 2	188
A/CN.9/WG.2/WP.6	Volume II : 1971	Deuxième partie, I, A, 1	41
A/CN.9/WG.2/WP.8	Volume III : 1972	Deuxième partie, I, A, 1	35
A/CN.9/WG.2/WP.9	Volume III : 1972	Deuxième partie, I, A, 2	47
A/CN.9/WG.2/WP.10	Volume III : 1972	Deuxième partie, I, A, 3	61
A/CN.9/WG.2/WP.11	Volume III : 1972	Deuxième partie, I, A, 4	77
A/CN.9/WG.2/WP.15	Volume IV : 1973	Deuxième partie, I, A, 1	35
A/CN.9/WG.2/WP.15/Add.1	Volume V : 1974	Deuxième partie, I, 3	61
A/CN.9/WG.2/WP.16	Volume IV : 1973	Deuxième partie, I, A, 2	40
A/CN.9/WG.2/WP.17/Add.1	Volume V : 1974	Deuxième partie, I, 4	66
A/CN.9/WG.2/WP.17/Add.2	Volume V : 1974	Deuxième partie, I, 4	66
A/CN.9/WG.2/WP.20	Volume VI : 1975	Deuxième partie, I, 4	97
A/CN.9/WG.2/WP.21 et Add.1 et 2	Volume VI : 1975	Deuxième partie, I, 3	75
A/CN.9/WG.2/WP.26 et Add.1 et appendice I	Volume VIII : 1977	Deuxième partie, I, C	99
A/CN.9/WG.2/WP.27	Volume IX : 1978	Deuxième partie, I, B	100
A/CN.9/WG.2/WP.28	Volume IX : 1978	Deuxième partie, I, B	100

ii) *Pratiques en matière de contrats internationaux*

A/CN.9/WG.2/WP.33 et Add.1	Volume XII : 1981	Deuxième partie, I, B, 1 et 2	33
A/CN.9/WG.II/WP.35	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, III, B	325
A/CN.9/WG.II/WP.37	Volume XIV : 1983	Deuxième partie, III, B, 1	56
A/CN.9/WG.II/WP.38	Volume XIV : 1983	Deuxième partie, III, B, 2	62
A/CN.9/WG.II/WP.40	Volume XIV : 1983	Deuxième partie, III, D, 1	87
A/CN.9/WG.II/WP.41	Volume XIV : 1983	Deuxième partie, III, D, 2	94
A/CN.9/WG.II/WP.42	Volume XIV : 1983	Deuxième partie, III, D, 3	101
A/CN.9/WG.II/WP.44	Volume XV : 1984	Deuxième partie, II, A, 2, *a*	175
A/CN.9/WG.II/WP.45	Volume XV : 1984	Deuxième partie, II, A, 2, *b*	180
A/CN.9/WG.II/WP.46	Volume XV : 1984	Deuxième partie, II, A, 2, *c*	184
A/CN.9/WG.II/WP.48	Volume XV : 1984	Deuxième partie, II, B, 3, *a*	217
A/CN.9/WG.II/WP.49	Volume XV : 1984	Deuxième partie, II, B, 3, *b*	225
A/CN.9/WG.II/WP.50	Volume XV : 1984	Deuxième partie, II, B, 3, *c*	229
A/CN.9/WG.II/WP.52 et Add.1	Volume XVI : 1985	Deuxième partie, IV, B, 1	355
A/CN.9/WG.II/WP.53	Volume XVI : 1985	Deuxième partie, IV, B, 3	362
A/CN.9/WG.II/WP.55	Volume XVII : 1986	Deuxième partie, III, B, 1	202
A/CN.9/WG.II/WP.56	Volume XVII : 1986	Deuxième partie, III, B, 2	217
A/CN.9/WG.II/WP.58	Volume XVIII : 1987	Deuxième partie, III, B	132
A/CN.9/WG.II/WP.60	Volume XIX : 1988	Deuxième partie, II, B	84
A/CN.9/WG.II/WP.62	Volume XX : 1989	Deuxième partie, IV, B, 1	215
A/CN.9/WG.II/WP.63	Volume XX : 1989	Deuxième partie, IV, B, 2	218
A/CN.9/WG.II/WP.65	Volume XXI : 1990	Deuxième partie, IV, B	250
A/CN.9/WG.II/WP.67	Volume XXII : 1991	Deuxième partie, III, B, 1	342
A/CN.9/WG.II/WP.68	Volume XXII : 1991	Deuxième partie, III, B, 2	349
A/CN.9/WG.II/WP.70	Volume XXII : 1991	Deuxième partie, III, D, 1	373
A/CN.9/WG.II/WP.71	Volume XXII : 1991	Deuxième partie, III, D, 2	393
A/CN.9/WG.II/WP.73 et Add.1	Volume XXIII : 1992	Deuxième partie, IV, B	333
A/CN.9/WG.II/WP.76 et Add.1	Volume XXIV : 1993	Deuxième partie, II, B, 1	166
A/CN.9/WG.II/WP.77	Volume XXIV : 1993	Deuxième partie, II, B, 2	180

c) *Groupe de travail III : Réglementation internationale des transports maritimes*

A/CN.9/WG.III/WP.6	Volume IV : 1973	Deuxième partie, IV, 2	161
A/CN.9/WG.III/WP.7	Volume IV : 1973	Deuxième partie, IV, 3	171
A/CN.9/WG.III/WP.11	Volume V : 1974	Deuxième partie, III, 3	173

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*

d) Groupe de travail IV

i) Effets de commerce internationaux

A/CN.9/WG.IV/WP.2	Volume IV : 1973	Deuxième partie, II, 2	130
A/CN.9/WG.IV/CRP.5	Volume VI : 1975	Deuxième partie, II, 2	151
A/CN.9/WG.IV/WP.21	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, II, A, 2 *a*	79
A/CN.9/WG.IV/WP.22	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, II, A, 2 *b*	85
A/CN.9/WG.IV/WP.23	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, II, A, 2 *c*	87
A/CN.9/WG.IV/WP.24, Add.1 et 2	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, II, A, 2 *d* à *f*	89
A/CN.9/WG.IV/WP.25 et Add.1	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, II, A, 2 *g* et *h*	105
A/CN.9/WG.IV/WP.27	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, II, B, 2	281
A/CN.9/WG.IV/WP.30	Volume XVII : 1986	Deuxième partie, I, A, 3	74
A/CN.9/WG.IV/WP.32 et Add.1 à 10	Volume XVIII : 1987	Deuxième partie, I, 2	69
A/CN.9/WG.IV/WP.33	Volume XVIII : 1987	Deuxième partie, I, 3	102

ii) Paiements internationaux

A/CN.9/WG.IV/WP.35	Volume XIX : 1988	Deuxième partie, I, A, 2	37
A/CN.9/WG.IV/WP.37	Volume XX : 1989	Deuxième partie, I, B	60
A/CN.9/WG.IV/WP.39	Volume XX : 1989	Deuxième partie, I, D	94
A/CN.9/WG.IV/WP.41	Volume XXI : 1990	Deuxième partie, I, B	43
A/CN.9/WG.IV/WP.42	Volume XXI : 1990	Deuxième partie, I, C	62
A/CN.9/WG.IV/WP.44	Volume XXI : 1990	Deuxième partie, I, E	95
A/CN.9/WG.IV/WP.46 et Corr.1	Volume XXII : 1991	Deuxième partie, I, D, 1	170
A/CN.9/WG.IV/WP.47	Volume XXII : 1991	Deuxième partie, I, D, 2	204
A/CN.9/WG.IV/WP.49	Volume XXII : 1991	Deuxième partie, I, F	226
A/CN.9/WG.IV/WP.51 et Add.1 à 7	Volume XXIII : 1992	Deuxième partie, II, B	50
A/CN.9/WG.IV/WP.53	Volume XXIII : 1992	Deuxième partie, V, B	389
A/CN.9/WG.IV/WP.55	Volume XXIV : 1993	Deuxième partie, III, B	223

e) *Groupe de travail V : Nouvel ordre économique international*

A/CN.9/WG.V/WP.4 et Add.1 à 8	Volume XII : 1981	Deuxième partie, IV, B, 1	107
A/CN.9/WG.V/WP.5	Volume XII : 1981	Deuxième partie, IV, B, 2	201
A/CN.9/WG.V/WP.7 et Add.1 à 6	Volume XIII : 1982	Deuxième partie, IV, B	352
A/CN.9/WG.V/WP.9 et Add.1 à 5	Volume XIV : 1983	Deuxième partie, IV, B	112
A/CN.9/WG.V/WP.11 et Add.1 à 9	Volume XV : 1984	Deuxième partie, III, B	247
A/CN.9/WG.V/WP.13 et Add.1 à 6	Volume XVI : 1985	Deuxième partie, III, A, 2	225
A/CN.9/WG/V/WP.15 et Add.1 à 10	Volume XVI : 1985	Deuxième partie, III, B, 2	281
A/CN.9/WG.V/WP.17 et Add.1 à 9	Volume XVII : 1986	Deuxième partie, II, B	112
A/CN.9/WG.V/WP.19	Volume XVIII : 1987	Deuxième partie, II, A, 2	108
A/CN.9/WG.V/WP.20	Volume XVIII : 1987	Deuxième partie, II, A, 3	109
A/CN.9/WG.V/WP.22	Volume XX : 1989	Deuxième partie, II, B	125
A/CN.9/WG.V/WP.24	Volume XXI : 1990	Deuxième partie, II, B	145
A/CN.9/WG.V/WP.25	Volume XXI : 1990	Deuxième partie, II, C	159
A/CN.9/WG.V/WP.27	Volume XXII : 1991	Deuxième partie, II, B, 1	299
A/CN.9/WG.V/WP.28	Volume XXII : 1991	Deuxième partie, II, B, 2	308
A/CN.9/WG.V/WP.30	Volume XXIII : 1992	Deuxième partie, III, B, 1	236
A/CN.9/WG.V/WP.31	Volume XXIII : 1992	Deuxième partie, III, B, 2	259
A/CN.9/WG.V/WP.33	Volume XXIII : 1992	Deuxième partie, III, D, 1	291
A/CN.9/WG.V/WP.34	Volume XXIII : 1992	Deuxième partie, III, D, 2	291
A/CN.9/WG.V/WP.36	Volume XXIV : 1993	Deuxième partie, I, B	85

7. Comptes rendus analytiques des débats de la CNUDCI

A/CN.9/SR.93 à 123	Volume III : 1972	Supplément	1
A/CN.9/SR.254 à 256	Volume XIV : 1983	Troisième partie, I, A	211
A/CN.9/SR.255 à 261	Volume XIV : 1983	Troisième partie, I, B, 1	216
A/CN.9/SR.270 à 278, 282 et 283	Volume XIV : 1983	Troisième partie, I, B, 2	239
A/CN.9/SR.286 à 299 et 301	Volume XV : 1984	Troisième partie, I	339
A/CN.9/SR.305 à 333	Volume XVI : 1985	Troisième partie, II	415
A/CN.9/SR.335 à 353, 355 et 356	Volume XVII : 1986	Troisième partie, II	327
A/CN.9/SR.378, 379, 381 à 385 et 388	Volume XVIII : 1987	Troisième partie, III	175

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/CN.9/SR.402 à 421, 424 et 425	Volume XX : 1989	Troisième partie, II	279
A/CN.9/SR.439 à 462 et 465	Volume XXII : 1991	Troisième partie, II	483
A/CN.9/SR.467 à 476, 481 et 482	Volume XXIII : 1992	Troisième partie, III	443
A/CN.9/SR.494 à 513	Volume XXIV : 1993	Troisième partie, III	365

8. Textes adoptés par des conférences de plénipotentiaires

A/CONF.63/14 et Corr.1	Volume V : 1974	Troisième partie, I, A	217
A/CONF.63/15	Volume V : 1974	Troisième partie, I, B	218
A/CONF.63/17	Volume X : 1979	Troisième partie, I	155
A/CONF.89/13, annexes I à III	Volume IX : 1978	Troisième partie, I, A à D	241
A/CONF.97/18 et annexes I et II	Volume XI : 1980	Troisième partie, I, A à C	159
A/CONF.152/13	Volume XXIII : 1992	Troisième partie, I	429

9. Bibliographies des écrits ayant trait aux travaux de la CNUDCI

(sans cote)	Volume I : 1968-1970	Troisième partie	320
A/CN.9/L.20/Add.1	Volume II : 1971	Deuxième partie	155
(sans cote)	Volume II : 1971	Deuxième partie	161
(sans cote)	Volume III : 1972	Deuxième partie	339
(sans cote)	Volume IV : 1973	Deuxième partie	255
A/CN.9/L.25	Volume V : 1974	Troisième partie, II, A	223
(sans cote)	Volume V : 1974	Troisième partie, II, B	224
(sans cote)	Volume VI : 1975	Troisième partie, II, A	329
(sans cote)	Volume VII : 1976	Troisième partie, A	345
(sans cote)	Volume VIII : 1977	Troisième partie, A	351
(sans cote)	Volume IX : 1978	Troisième partie, II	250
(sans cote)	Volume X : 1979	Troisième partie, II	178
(sans cote)	Volume XI : 1980	Troisième partie, IV	179
(sans cote)	Volume XII : 1981	Troisième partie, III	287
(sans cote)	Volume XIII : 1982	Troisième partie, IV	464
(sans cote)	Volume XIV : 1983	Troisième partie, IV	280
(sans cote)	Volume XV : 1984	Troisième partie, II	387
A/CN.9/284	Volume XVI : 1985	Troisième partie, III	531
A/CN.9/295	Volume XVII : 1986	Troisième partie, III	409
A/CN.9/313	Volume XVIII : 1987	Troisième partie, III	201
A/CN.9/326	Volume XIX : 1988	Troisième partie, III	223
A/CN.9/339	Volume XX : 1989	Troisième partie, III	367
A/CN.9/354	Volume XXI : 1990	Troisième partie, I	333
A/CN.9/369	Volume XXII : 1991	Troisième partie, III	579
A/CN.9/382	Volume XXIII : 1992	Troisième partie, V	497
A/CN.9/402	Volume XXIV : 1993	Troisième partie, IV	443