

Commission
des Nations Unies
pour le
droit commercial
international

ANNUAIRE

Volume XXVII : 1996



NATIONS
New York,

UNIES
1997

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/1996

PUBLICATION DES NATIONS UNIES

Numéro de vente : F.97...

ISBN...

ISSN 0251-4265

TABLE DES MATIÈRES

Page

INTRODUCTION

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

VINGT-NEUVIÈME SESSION (1996)

- A. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-neuvième session (New York, 28 mai-14 juin 1996) (A/51/17)
- B. Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement : extrait du rapport du Conseil du commerce et du développement sur la première partie de sa quarante-troisième session (TD/B/43/12(Vol.I))
- C. Assemblée générale : rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-neuvième session : rapport de la Sixième Commission (A/51/628)
- D. Résolutions 51/161 et 51/162 de l'Assemblée générale en date du 16 décembre 1996

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

I. ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL

- A. Projet d'Aide-mémoire sur l'organisation des procédures arbitrales : rapport du Secrétaire général (A/CN.9/423)
- B. Suivi de l'application de la Convention de New York de 1958 : rapport d'activités : note du secrétariat (A/CN.9/425)

II. ÉCHANGE DE DONNÉES INFORMATISÉES

- A. Rapport du Groupe de travail sur les échanges de données informatisées (EDI) sur les travaux de sa trentième session (Vienne, 26 février-8 mars 1996) (A/CN.9:421)
- B. Document de travail soumis au Groupe de travail sur l'échange de données informatisées à sa trentième session : note du secrétariat (A/CN.9:WG.IV/WP.69)
- C. Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur certains aspects juridiques de l'échange de données informatisées (EDI) et des moyens connexes de communication : rapport du Secrétaire général (A/CN.9/426)

III. INSOLVABILITÉ INTERNATIONALE

- A. Rapport du Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité sur les travaux de sa dix-huitième session (Vienne, 30 octobre-10 novembre 1995) (A/CN.9/419)
- B. Document de travail soumis au Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité à sa dix-huitième session : Questions liées à la coopération judiciaire et à l'accès et à la reconnaissance pouvant se poser dans le contexte de l'insolvabilité transnationale (A/CN.9/WG.V/WP.42)
- C. Rapport du Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité sur les travaux de sa dix-huitième session (New York, 1er-12 avril 1996) (A/CN.9/422)
- D. Document de travail soumis au Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité à sa dix-neuvième session : Projet de dispositions législatives sur la coopération judiciaire et l'accès et la reconnaissance dans les cas d'insolvabilité transnationale (A/CN.9/WG.V/WP.44)

IV. FINANCEMENT PAR CESSIONS DE CRÉANCES

- Rapport du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux sur les travaux de sa vingt-quatrième session (Vienne, 13-24 novembre 1995) (A/CN.9/420)

V.	TRAVAUX FUTURS POSSIBLES	
	Projets de construction-exploitation-transfert : note du secrétariat (A/CN.9/424)
VI.	ÉTAT DES TEXTES DE LA CNUDCI	
	État des conventions : note du secrétariat (A/CN.9/428)
VII.	FORMATION ET ASSISTANCE	
	Formation et assistance technique : note du secrétariat (A/CN.9/427)

Troisième partie. Annexes

I.	LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE
II.	AIDE-MÉMOIRE DE LA CNUDCI SUR L'ORGANISATION DES PROCÉDURES ARBITRALES	..
III.	COMPTES RENDUS ANALYTIQUES DES SÉANCES DE LA COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL CONSACRÉES À LA PRÉPARATION DU PROJET DE LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR CERTAINS ASPECTS JURIDIQUES DE L'ÉCHANGE DE DONNÉES INFORMATISÉES (EDI) ET DES MOYENS CONNEXES DE COMMUNICATION ET DU PROJET D'AIDE-MÉMOIRE SUR L'ORGANISATION DES PROCÉDURES ARBITRALES
IV.	BIBLIOGRAPHIE DES ÉCRITS RÉCENTS AYANT TRAIT AUX TRAVAUX DE LA CNUDCI : NOTE DU SECRÉTARIAT (A/CN.9/442)
V.	LISTE DES DOCUMENTS DE LA CNUDCI
VI.	LISTE DES DOCUMENTS DE LA CNUDCI REPRODUITS DANS LES VOLUMES PRÉCÉDENTS DE L' <i>ANNUAIRE</i>

INTRODUCTION

Le présent volume est le vingt-septième des *Annuaire*s de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI)¹.

Ce volume est divisé en trois parties. La première partie contient le rapport de la CNUDCI sur les travaux de sa vingt-neuvième session, tenue à New York du 28 mai au 14 juin 1996, 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-neuvième 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 les textes du projet de Convention des Nations Unies sur le projet de Loi type sur certains aspects juridiques de l'échange de données informatisées et des moyens connexes de communication des données, l'Aide-mémoire de la CNUDCI sur l'organisation des procédures arbitrales, 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-neuvième 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- 21345-5813

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

<i>Volume</i>	<i>Période considérée</i>	<i>Publication des Nations Unies, numéro de vente</i>
I	1968-1970	F.71.V.1
II	1971	F.72.V.4
III	1972	F.73.V.6
III Suppl.	1972	F.73.V.9
IV	1973	F.74.V.3
V	1974	F.75.V.2
VI	1975	F.76.V.5
VII	1976	F.77.V.1
VIII	1977	F.78.V.7
IX	1978	F.80.V.8
X	1979	F.81.V.2
XI	1980	F.81.V.8
XII	1981	F.82.V.6
XIII	1982	F.84.V.5
XIV	1983	F.85.V.3
XV	1984	F.86.V.2
XVI	1985	F.87.V.4
XVII	1986	F.88.V.4
XVIII	1987	F.89.V.4
XIX	1988	F.89.V.8
XX	1989	F.90.V.9
XXI	1990	F.91.V.6
XXII	1991	F.93.V.2
XXIII	1992	F.94.V.7
XXIV	1993	F.94.V.16
XXV	1994	F.95.V.20
XXVI	1995	F.96.V.8

Première partie

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

VINGT-NEUVIÈME SESSION (1996)

A. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-neuvième session (New York, 28 mai-14 juin 1996) [original : anglais]^a

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION	1-2
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. ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL	11 - 54
A. Introduction	11
B. Examen du projet d'aide-mémoire sur l'organisation des procédures arbitrales	12 - 51
1. Ensemble du texte	12 - 14
2. Introduction (par. 1 à 14)	15 - 19
3. Liste des questions qui pourraient être examinées dans le cadre de l'organisation de la procédure arbitrale	20
4. Annotations (par. 15 à 91)	21 - 51
C. Adoption de l'Aide-mémoire de la CNUDCI sur l'organisation des procédures arbitrales	52 - 54
III. PROJET DE LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR CERTAINS ASPECTS JURIDIQUES DE L'ÉCHANGE DE DONNÉES INFORMATISÉES (EDI) ET DES MOYENS CONNEXES DE COMMUNICATION	55 - 224
A. Introduction	55 - 62
1. Projet de Loi type	55 - 57
2. Dispositions additionnelles concernant les documents de transport	58 - 59
3. Projet de guide pour l'incorporation de la Loi type dans le droit interne	60 - 62
B. Examen des projets d'articles	63 - 172
Article 12. Accusé de réception	63 - 88
Article 13. Formation et validité des contrats	89 - 99
Article 14. Moment et lieu de l'expédition et de la réception d'un message de données	100 - 115
Article 2. Définitions	116 - 138
Règles particulières concernant les documents de transport	139 - 172
C. Autres considérations concernant le projet de Loi type	173 - 194
1. Titre du projet de Loi type	174 - 177
2. Note **** de l'article premier	178 - 179
3. Paragraphe 1 des articles 5, 6 et 7	180 - 181
4. La notion d'"initiateur" figurant au paragraphe 1 de l'article 6	182

^aDocuments officiels de l'Assemblée générale, cinquantième et unième session, Supplément n° 17 (A/51/17) (ci-après dénommé le "Rapport").

5.	Interprétation des contrats	183 - 184
6.	La notion de "règle de droit" figurant dans les articles 5, 6, 7 et 9	185 - 187
7.	Place de l'article 10	188
8.	Article 11	189 - 194
D.	Rapport du groupe de rédaction	195 - 204
E.	Projet de guide pour l'incorporation de la loi type dans le droit interne	205 - 208
F.	Adoption de la Loi type et recommandation	209
G.	Travaux futurs	210 - 224
1.	Travaux futurs sur les questions relatives au droit des transports	210 - 215
2.	Travaux futurs concernant le commerce électronique	216 - 224
IV.	PROJETS DE TYPE CONSTRUCTION-EXPLOITATION-TRANSFERT	225 - 230
V.	FINANCEMENT PAR CESSIION DE CRÉANCES	231 - 234
VI.	ASPECTS TRANSNATIONAUX DE L'INSOLVABILITÉ	235 - 237
VII.	SUIVI DE L'APPLICATION DE LA CONVENTION DE NEW YORK DE 1958	238 - 243
VIII.	RECUEIL DE JURISPRUDENCE CONCERNANT LES TEXTES DE LA CNUDCI	244 - 247
IX.	FORMATION ET ASSISTANCE TECHNIQUE	248 - 254
X.	ÉTAT ET PROMOTION DES TEXTES JURIDIQUES DE LA CNUDCI	255 - 257
XI.	RÉSOLUTIONS DE L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE SUR LES TRAVAUX DE LA COMMISSION	258 - 264
XII.	QUESTIONS DIVERSES	265 - 275
A.	Réduction de la documentation	265
B.	Principes d'interprétation	266
C.	Annuaire de la CNUDCI	267
D.	Coopération avec l'Organisation des États américains	268
E.	Bibliographie	269 - 270
F.	Concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis	271 - 272
G.	Six centième séance de la Commission	273
H.	Date et lieu de la trentième session de la Commission	274
I.	Sessions des groupes de travail	275

INTRODUCTION

1. Le présent rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international rend compte des travaux de la vingt-neuvième session de la Commission, qui s'est tenue à New York, du 28 mai au 14 juin 1996.

2. Conformément à la résolution 2205 (XXI) adoptée par l'Assemblée générale le 17 décembre 1966, ce rapport est soumis à l'Assemblée; il est également soumis 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-neuvième session le 28 mai 1996. 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) du 12 décembre 1973, l'Assemblée a porté de 29 à 36 le nombre des membres de la Commission. Les membres actuels de la Commission, élus le 4 novembre 1991 et le 28 novembre 1994, sont les États ci-après, dont le mandat expire la veille de l'ouverture de la session annuelle de la Commission pour l'année indiquée¹ :

Algérie (2001), Allemagne (2001), Arabie saoudite (1998), Argentine (1998), Australie (2001), Autriche (1998), Botswana (2001), Brésil (2001), Bulgarie (2001), Cameroun (2001), Chili (1998), Chine (2001), Égypte (2001), Équateur (1998), Espagne (1998), États-Unis d'Amérique (1998), Fédération de Russie (2001), Finlande (2001), France (2001), Hongrie (1998), Inde (1998), Iran (République islamique d') (1998), Italie (1998), Japon (2001), Kenya (1998), Mexique (2001), Nigéria (2001), Ouganda (1998), Pologne (1998), République-Unie de Tanzanie (1998), Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (2001), Singapour (2001), Slovaquie (1998), Soudan (1998), Thaïlande (1998) et Uruguay (1998).

5. À l'exception de l'Algérie, de l'Arabie saoudite, du Cameroun, de l'Équateur, de l'Ouganda et du Soudan, tous les membres de la Commission étaient représentés à la session.

6. Ont assisté à la session les observateurs des États suivants : Afrique du Sud, Albanie, Arménie, Azerbaïdjan, Belize, Canada, Kirghizistan, Congo, Costa Rica, Croatie, Danemark, Érythrée, Guinée, Indonésie, Kazakstan, Koweït, Lesotho, Liban, Maroc, Myanmar, Namibie, Pakistan, Paraguay, Philippines, République arabe syrienne, République de Corée, République tchèque, Suède, Suisse, Swaziland, Turquie, Ukraine et Yémen.

7. Les organisations internationales suivantes étaient également représentées par des observateurs :

a) *Organes des Nations Unies* : Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD)

b) *Organisations intergouvernementales* : Comité consultatif juridique afro-asiatique; Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT); Organisation des États américains (OEA)

c) *Autres organisations internationales* : Association arabe pour l'arbitrage international (AAAI); Association internationale des ports (IAPH); Centre de l'Institut de droit des Caraïbes; Centre régional du Caire pour l'arbitrage commercial international; Chambre de commerce internationale (CCI); Comité maritime international (CMI); Fédération interaméricaine des avocats; Grupo Latinoamericano de Abogados para el derecho del Comercio Internacional (GRULACI); Tribunal Internacional de Conciliación y de Arbitraje del Mercosur (TICAMER); Union internationale des avocats (UIA)

¹En 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, 19 ont été élus par l'Assemblée à sa quarante-sixième session le 4 novembre 1991 (décision 46/309) et 17 à sa quarante-neuvième session le 28 novembre 1994 (décision 49/315). En application de la résolution 31/99 du 15 décembre 1976, 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 de la Commission, en 1998, et le mandat des membres élus à sa quarante-neuvième session expirera la veille de l'ouverture de la trente-quatrième session de la Commission en 2001.

C. Élection du bureau²

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

Président : Mme Ana Isabel Piaggi de Vanossi (Argentine)
Vice-Présidents : M. S. Thuita Mwangi (Kenya)
M. Ján Varso (Slovaquie)
M. Piyavaj Niyom-Rerks (Thaïlande)
Rapporteur : M. Rafael Illescas (Espagne)

D. Ordre du jour

9. À sa 583e séance, le 28 mai 1996, 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. Arbitrage commercial international : projet d'aide-mémoire sur l'organisation des procédures arbitrales.
5. Échange de données informatisées : projet de Loi type; travaux futurs possibles.
6. Projets de type construction-exploitation-transfert (CET).
7. Financement par cession de créances.
8. Aspects transnationaux de l'insolvabilité.
9. Suivi de l'application de la Commission de New York de 1958.
10. Jurisprudence relative aux instruments de la CNUDCI.
11. Formation et assistance.
12. État et promotion des textes juridiques de la CNUDCI.
13. Résolutions de l'Assemblée générale sur les travaux de la Commission.
14. Questions diverses.
15. Date et lieu des réunions futures.
16. Adoption du rapport de la Commission.

E. Adoption du rapport

10. À sa 606e séance, le 14 juin 1996, la Commission a adopté le présent rapport par consensus.

II. ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL

A. Introduction

11. Après avoir tenu un débat initial sur le projet à sa vingt-sixième session (1993)³, la Commission a examiné à sa vingt-septième session (1994) un texte intitulé "Projet de directives pour les conférences préparatoires dans

²L'élection du Président a eu lieu à la 583e séance, le 28 mai 1996, celle des Vice-Présidents aux 596e et 598e séances, les 5 et 6 juin 1996, et celle du Rapporteur à la 593e séance, le 4 juin 1996. 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)].

³*Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-huitième session, Supplément n° 17 (A/48/17)*, PAR. 291 à 296.

le cadre des procédures arbitrales" (A/CN.9/396/Add.1)⁴. Ce projet a aussi été examiné lors de plusieurs réunions auxquelles participaient des praticiens de l'arbitrage, y compris le XIIe Congrès pour l'arbitrage international, organisé à Vienne, du 3 au 6 novembre 1994, par le Conseil international pour l'arbitrage commercial (CIAC) (voir également par. 53 ci-dessous)⁵. Sur la base des débats de la Commission et de diverses autres réunions, le secrétariat a élaboré un "Projet d'aide-mémoire sur l'organisation des procédures arbitrales" (A/CN.9/410), que la Commission a examiné à sa vingt-huitième session (1995)⁶. À la suite de cet examen, le secrétariat a rédigé un texte révisé du projet (A/CN.9/423) que la Commission a examiné à la session en cours et dont elle a mis au point la version définitive (pour la décision sur l'adoption de l'aide-mémoire, voir par. 52 à 54 ci-dessous).

B. Examen du projet d'aide-mémoire sur l'organisation des procédures arbitrales

1. Ensemble du texte

12. La Commission a estimé qu'en règle générale, le texte établi par le secrétariat (A/CN.9/423) reflétait bien le débat que la Commission avait consacré à la question à sa vingt-huitième session (1995) et qu'il offrait à la Commission une base utile pour examiner et approuver le texte à la session en cours.

13. La Commission a réaffirmé qu'elle approuvait les principes sur lesquels était fondé l'Aide-mémoire, notamment les principes suivants : l'Aide-mémoire ne devait pas nuire à la souplesse de la procédure arbitrale, qui constituait un de ses atouts; il fallait éviter d'énoncer toute exigence allant au-delà des lois, règles ou pratiques en vigueur et il faudrait veiller notamment à ce que le simple fait que l'Aide-mémoire ou une partie de l'Aide-mémoire n'avait pas été appliqué ne conduise à la conclusion qu'un principe en matière de procédure avait été violé ou ne puisse être invoqué pour refuser l'exécution d'une sentence; enfin, l'Aide-mémoire ne devrait pas viser à harmoniser des pratiques arbitrales divergentes, ni recommander l'utilisation d'une procédure particulière.

14. Une délégation a fait valoir qu'on ferait mieux apparaître le caractère non impératif de l'Aide-mémoire en utilisant dans le titre un des mots "directives", "suggestions" ou "recommandations" à la place de "Aide-mémoire". On a fait observer que ce dernier mot n'avait pas été utilisé jusqu'ici par la CNUDCI dans ses travaux et que les lecteurs pourraient ne pas se rendre compte facilement de la nature d'un texte ainsi intitulé. La Commission a estimé toutefois que les mots suggérés pourraient susciter un malentendu en laissant entendre que toute pratique autre que celle exposée dans l'Aide-mémoire n'était pas vraiment bonne. Le titre actuel semblait mieux refléter l'objet du texte, qui était de rappeler aux praticiens un certain nombre de questions dont ils devaient tenir compte dans la conduite de l'arbitrage; il montrait en outre qu'il ne s'agissait pas d'un texte exprimant un jugement de valeur sur la qualité des différentes pratiques.

2. Introduction (par. 1 à 14)

15. Il a été décidé de supprimer dans le paragraphe 4 les mots "les exigences fondamentales du droit processuel" et de rédiger comme suit la première phrase de ce paragraphe : "La législation régissant la procédure arbitrale et le règlement d'arbitrage convenu par les parties donnent en général au tribunal arbitral une grande latitude et lui permettent de faire preuve de souplesse dans la conduite de la procédure." Grâce à cette modification, on évitait de donner l'impression que l'Aide-mémoire tentait de définir les principes fondamentaux qu'il convenait d'observer dans une procédure d'arbitrage.

16. S'agissant de l'arbitrage multipartite, la Commission a exprimé sa préférence pour la variante 2 qui figure au paragraphe 7 de l'Aide-mémoire.

⁴*Ibid.*, quarante-neuvième session, Supplément n° 17 (A/49/17), par. 111 à 195.

⁵Les actes du Congrès sont publiés dans *Planning Efficient Arbitration Proceedings/The Law Applicable in International Arbitration, ICCA Congress Series n° 7*, Kluwer Law International, La Haye, 1996.

⁶*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 17 (A/50/17)*, par. 314 à 373.

17. Au paragraphe 9, il a été convenu d'ajouter, après les mots "téléphone-conférence", les mots "ou autres moyens électroniques".

18. On a suggéré de supprimer, au paragraphe 10, les expressions "conférence avant audience" et "examen avant audience" en faisant valoir qu'elles désignaient une pratique qui n'était pas universelle et que, traduites littéralement de l'anglais, elles n'étaient pas claires. La Commission a estimé toutefois qu'il était utile de donner quelques exemples des expressions désignant dans la pratique les réunions sur la procédure tenues par des arbitres et que tout malentendu pourrait être évité en incluant les expressions "*pre-hearing conference*" et "*pre-hearing review*" en anglais dans les autres versions linguistiques.

19. Il a été décidé d'ajouter au paragraphe 14, après les mots "peut être limitée par un règlement d'arbitrage", les mots "par d'autres dispositions convenues par les parties".

3. Liste des questions qui pourraient être examinées dans le cadre de l'organisation de la procédure arbitrale

20. La Commission a noté que la liste des questions qui pourraient être examinées dans le cadre de l'organisation de la procédure arbitrale (qui est placée dans l'Aide-mémoire après la section d'introduction) présentait un intérêt non seulement parce qu'elle servait de table des matières aux Annotations mais aussi parce qu'elle rendait plus facile pour les praticiens la consultation rapide de l'Aide-mémoire. Aucun commentaire n'a été formulé quant au contenu et à la présentation de la liste.

4. Annotations (par. 15 à 91)

Règlement d'arbitrage (sect. 1, par. 15 à 17)

21. Il a été décidé de remplacer, au paragraphe 15, le membre de phrase "il sera nécessaire d'obtenir l'accord de cette institution" par les mots "il pourra être nécessaire d'obtenir l'accord de cette institution". Le but de cette modification était d'éviter que cette disposition soit interprétée comme impliquant que, lorsque les parties étaient convenues d'adopter le règlement d'arbitrage d'une institution donnée, elles devraient dans tous les cas obtenir l'accord de cette institution; dans la version modifiée, en revanche, on rappelait simplement aux parties que, lorsque le règlement d'arbitrage prévoyait qu'une institution pouvait être appelée à s'acquitter de certaines fonctions (telles que la récusation et le remplacement d'un arbitre, ou la garde des pièces de procédure), les parties devaient s'entendre avec ladite institution au sujet de l'exécution de ces fonctions.

22. On a fait observer que le membre de phrase "en fonction de la loi régissant la procédure arbitrale", au paragraphe 17, pouvait donner lieu à malentendu dans la mesure où l'on pourrait considérer qu'il exclut la possibilité qu'une affaire soit régie par des dispositions autres qu'une loi nationale sur la procédure d'arbitrage. Pour ne pas prendre parti sur ce point, au sujet duquel les vues n'étaient pas uniformes, la Commission a décidé de supprimer ce membre de phrase, étant entendu cependant que l'idée directrice de la disposition considérée ne serait pas modifiée.

Langue de la procédure (sect. 2, par. 18 à 21)

23. Il a été décidé de supprimer, dans le paragraphe 19, les exemples de documents qui n'ont sans doute pas à être traduits, pour ne pas donner l'impression que l'on cherche à décourager le tribunal arbitral d'en demander la traduction. La Commission a approuvé pour ce paragraphe un libellé exprimant essentiellement ce qui suit :

"Certains documents joints à la requête et à la réponse ou soumis ultérieurement peuvent ne pas être dans la langue de la procédure. Compte tenu des nécessités de la procédure et pour des raisons d'économie, on pourra étudier si le tribunal arbitral devrait ordonner que certains de ces documents ou des sections de ces documents soient accompagnés d'une traduction dans la langue de la procédure."

24. La Commission n'a pas adopté une suggestion qui lui était faite d'examiner les cas où les parties étaient en désaccord sur l'exactitude d'une traduction ou ceux où il n'y avait pas accord sur la désignation d'un traducteur.

25. La Commission a décidé de rédiger comme suit la première phrase du paragraphe 20 (les mots ajoutés sont soulignés) : "Lorsqu'une interprétation est nécessaire durant les audiences, il est bon d'étudier si *l'interprétation sera simultanée ou consécutive* et si les arrangements à prendre en la matière relèveront de la responsabilité d'une partie ou du tribunal arbitral."

Lieu de l'arbitrage (sect. 3, par. 22 à 24)

26. Les dispositions des paragraphes 22 à 24 ont été approuvées.

Services administratifs nécessaires, le cas échéant, pour que le tribunal arbitral puisse s'acquitter de ses fonctions (sect. 4, par. 25 à 28)

27. Il a été décidé de remplacer le membre de phrase "Lorsque des parties ont soumis leur litige à une institution d'arbitrage" par les mots "Lorsque l'arbitrage est administré par une institution d'arbitrage".

28. La disposition suivante a été ajoutée à la fin du paragraphe 28 : "Toutefois, on reconnaît normalement qu'il est important de veiller à ce que le secrétaire ne soit chargé d'aucune fonction qui implique une prise de décision par le tribunal arbitral." Cette addition a été jugée nécessaire pour préciser que les divergences de vues mentionnées au paragraphe 28 n'avaient pas pour effet de permettre qu'une fonction impliquant une prise de décision soit déléguée au secrétaire du tribunal arbitral.

Provisions (sect. 5, par. 29 à 31)

29. On a suggéré qu'il conviendrait d'indiquer, à la fin du paragraphe 30, qu'en réglant la question de la gestion des provisions, le tribunal arbitral devrait tenir compte de la nature des provisions, y compris du statut privilégié dont pouvaient bénéficier les montants déposés (par exemple en matière de fiscalité ou du point de vue de la saisie). On a jugé qu'une telle indication était trop détaillée et n'était qu'une question parmi plusieurs autres dont il convenait de tenir compte en gérant les provisions.

Confidentialité des informations relatives à l'arbitrage; accord possible sur ce point (sect. 6, par. 32 et 33)

30. On a fait observer que, si la confidentialité était une des caractéristiques de l'arbitrage à laquelle les parties accordaient généralement beaucoup d'importance, il n'était pas essentiel qu'une procédure d'arbitrage soit confidentielle. En outre, on a relevé que des décisions judiciaires récentes avaient montré qu'il existait des différences dans les législations nationales quant au degré de confidentialité des informations relatives à l'arbitrage. Il était donc souhaitable de rappeler aux parties qu'il leur faudrait peut-être aborder cette question expressément.

31. La Commission a en conséquence décidé de reformuler comme suit le paragraphe 32 :

"On considère communément que la confidentialité est l'un des aspects les plus avantageux et les plus utiles de l'arbitrage. Toutefois, les lois nationales n'apportent pas toutes la même réponse à la question de savoir dans quelle mesure les participants à une procédure d'arbitrage sont tenus d'observer la confidentialité des informations y relatives. De plus, des parties qui se sont mises d'accord sur un règlement d'arbitrage ou d'autres dispositions qui ne traitent pas expressément de la question de la confidentialité ne peuvent assumer l'existence d'une obligation implicite de confidentialité sera reconnue dans tous les pays. Par ailleurs, les parties peuvent ne pas avoir la même idée quant au degré de confidentialité à attendre. C'est pourquoi le tribunal arbitral voudra peut-être examiner cette question avec les parties et, le cas échéant, consigner les principes pouvant avoir été convenus concernant l'obligation de confidentialité."

32. Quant au paragraphe 33, on a proposé de supprimer, parmi les exemples d'informations devant demeurer confidentielles, l'identité des arbitres (puisque en pratique, elle n'est pas confidentielle) et la teneur de la sentence (puisque une sentence devient publique lorsqu'elle est contestée devant un tribunal). Cette proposition n'a pas été retenue, car ces informations peuvent être l'objet d'une obligation de confidentialité, au moins à certains égards.

Transmission des communications écrites entre les parties et les arbitres (sect. 7, par. 34 et 35)

33. Les paragraphes 34 et 35 ont été approuvés quant au fond.

Télécopie et autres moyens électroniques de communication de documents (sect. 8, par. 36 à 38)

34. On a dit que les questions que soulevait l'usage de la télécopie étaient pour l'essentiel les mêmes que celles que posaient les autres moyens électroniques et que toutes devaient donc être envisagées ensemble. La Commission a toutefois estimé que les questions touchant la sécurité de la télécopie étaient suffisamment particulières pour qu'il faille en traiter séparément.

35. On a reproché au paragraphe 36 de sembler décourager l'usage de la télécopie. La Commission en est convenue et elle a approuvé le texte suivant pour ce paragraphe :

"La télécopie, qui offre de nombreux avantages par rapport aux moyens traditionnels de communication, est largement utilisée en matière d'arbitrage. Toutefois, si l'on considère, en raison des caractéristiques du matériel utilisé, qu'il est préférable de ne pas faire fond sur la télécopie d'un document, des dispositions spéciales peuvent être envisagées; les parties peuvent, par exemple, convenir que telle ou telle pièce écrite devra être envoyée par courrier ou remise matériellement de toute autre manière, ou que certains messages télécopiés devront être confirmés par courrier ou par expédition des documents dont la copie a été transmise par des moyens électroniques. Néanmoins, afin que la procédure ne soit pas trop rigide lorsque certains documents ne peuvent être envoyés par télécopie, il peut être bon que le tribunal arbitral reste libre d'accepter une copie préliminaire d'un document par télécopie, lorsqu'il s'agit de respecter une date limite, à condition que le document lui-même soit reçu ultérieurement dans un délai raisonnable."

Dispositions concernant l'échange de communications écrites (sect. 9, par. 39 à 42)

36. Les paragraphes 39 à 42 ont été approuvés quant au fond.

Détails pratiques concernant les communications écrites et les pièces (par exemple copies, numérotation des pièces, référence à des documents, numérotation des paragraphes) (sect. 10, par. 43)

37. La Commission a décidé : *a)* d'abrégé le titre afin qu'il se lise comme suit "Détails pratiques concernant les communications écrites et les pièces (par exemple modes de communication, copies, numérotation, références)"; *b)* d'inclure parmi les questions envisagées au paragraphe 43 celle de savoir "si les communications seront effectuées sous forme de document papier ou par des moyens électroniques, ou les deux (voir ci-dessus, par. 36 à 38)"; *c)* d'ajouter les mots "des documents et" après le mot "numérotation" au deuxième alinéa; et *d)* de remanier comme suit le dernier alinéa : "lorsque des traductions doivent être communiquées sous forme de document papier, si elles doivent figurer dans le même volume que les textes originaux ou dans des volumes distincts".

Définition des questions à régler; ordre des décisions à prendre; définition de la réparation ou du recours demandé (sect. 11, par. 44 à 47)

38. La Commission a accepté la proposition tendant à ajouter, à la deuxième phrase du paragraphe 44, d'autres exemples des inconvénients que présente l'établissement d'une liste des questions à régler. Les deux dernières phrases du paragraphe ont donc été remaniées comme suit :

"Si le tribunal détermine que les avantages d'une telle méthode l'emportent sur les inconvénients, il choisira pour ce faire l'étape appropriée de la procédure, étant entendu que l'évolution ultérieure de celle-ci pourra exiger une révision de la liste. Cette détermination des questions à régler permettra sans doute de se concentrer sur les questions essentielles, de réduire par accord des parties le nombre des questions à régler et de choisir la méthode la plus efficace et la plus économique de règlement du litige. Toutefois, l'établissement d'une telle liste peut présenter des inconvénients : il peut causer des retards ou porter atteinte à la souplesse de la procédure, ou entraîner des désaccords sur le point de savoir si le tribunal

arbitral a tranché toutes les questions qui lui ont été soumises ou si la sentence comprend des décisions portant sur des questions qui ne relèvent pas du mandat du tribunal arbitral."

39. Il a été décidé d'ajouter, à la fin du paragraphe 44, une phrase ainsi libellée : "Le mandat requis en application de certains règlements d'arbitrage, ou dans les compromis, peut remplir la même fonction que la liste des questions à régler envisagée ci-dessus."

40. À la dernière phrase du paragraphe 46, les mots "du défendeur" ont été remplacés par les mots "d'une partie".

Les négociations relatives à un règlement par accord des parties et leur effet sur la planification de la procédure (sect. 12, par. 48)

41. Le paragraphe 48 a été approuvé quant au fond.

Preuves documentaires (sect. 13, par. 49 à 55)

42. Il a été décidé d'ajouter les mots "ou message électronique" après le mot "fax" figurant au paragraphe 53.

43. On a fait observer que l'examen de preuves (par. 53) était particulièrement pertinent s'agissant des systèmes de *common law*, mais que dans les systèmes de droit civil des dispositions comparables à celles proposées au paragraphe 53 soit étaient inutiles soit risquaient même d'inciter les parties à émettre des objections aux conclusions en matière de preuves visées dans le paragraphe. La Commission a toutefois estimé que ce paragraphe serait utile puisque l'Aide-mémoire n'avait aucun caractère obligatoire.

44. À la deuxième phrase du paragraphe 55, le mot "conclusions" a été remplacé par le mot "informations".

Preuves matérielles autres que les documents (sect. 14, par. 56 à 59)

45. La Commission a décidé d'insérer une virgule et les mots "les autres dispositions permettant à toutes les parties d'être présentes" après le mot "inspections" figurant au paragraphe 58.

Témoins (sect. 15, par. 60 à 69)

46. La Commission a décidé d'ajouter, après la première phrase du paragraphe 68, la précision suivante : "Dans ces systèmes juridiques, de tels contacts ne sont généralement pas autorisés une fois que le témoin a commencé sa déposition orale."

Experts et témoignages d'experts (sect. 16, par. 70 à 74)

47. Il a été décidé d'ajouter, après la deuxième phrase du paragraphe 72, la phrase suivante : "Il peut aussi être utile de préciser comment l'expert recevra des parties les informations pertinentes que celles-ci pourraient avoir à lui soumettre ou comment il aura accès aux documents, biens et autres choses, afin de pouvoir établir son rapport."

Audiences (sect. 17, par. 75 à 86)

48. Il a été décidé d'ajouter, à la fin du paragraphe 76, la phrase suivante : "Le tribunal arbitral voudra peut-être consulter les parties sur ce point."

49. Dans la dernière phrase du paragraphe 81, il a été décidé d'ajouter, après le mot "différences", les mots "ou lorsqu'aucun règlement d'arbitrage ne s'applique". On a estimé que, dans le texte anglais, le mot "*respondent*", employé dans le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, était généralement préférable au mot "*defendant*", utilisé au paragraphe 81.

Arbitrage multipartite (sect. 18, par. 87 à 89)

50. On a proposé de transférer la dernière phrase du paragraphe 89 à la fin du paragraphe 87.

Conditions éventuelles à remplir pour le dépôt ou la remise de la sentence (sect. 19, par. 90 et 91)

51. Les paragraphes 90 et 91 ont été approuvés quant au fond.

C. Adoption de l'Aide-mémoire de la CNUDCI sur l'organisation des procédures arbitrales

52. À l'issue de l'examen de l'Aide-mémoire, la Commission a :

a) Approuvé quant au fond l'Aide-mémoire tel qu'elle l'a modifié à sa session en cours;

b) Décidé que le texte qu'elle a adopté serait intitulé "Aide-mémoire de la CNUDCI sur l'organisation des procédures arbitrales";

c) Prié le secrétariat d'éditer la version finale du texte de l'Aide-mémoire de la CNUDCI conformément aux décisions prises lors de la session, de réviser les différentes versions linguistiques du texte afin qu'elles concordent bien, d'aligner l'emploi des termes techniques sur d'autres textes de la Commission, en particulier le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, de reproduire l'Aide-mémoire de la CNUDCI sous forme de publication séparée et d'assurer à cette publication une large diffusion, notamment auprès des institutions arbitrales, des chambres de commerce et des associations professionnelles nationales et internationales intéressées.

53. La Commission a remercié le Conseil international de l'arbitrage commercial (CIAC) pour sa participation active à l'examen des projets dont l'Aide-mémoire de la CNUDCI est issu, et notamment pour avoir longuement examiné le projet de texte au XIIe Congrès sur l'arbitrage international qu'il a tenu à Vienne du 3 au 6 novembre 1994.

54. La Commission s'est aussi félicitée des propositions remises au secrétariat durant les travaux préparatoires par de nombreux experts, associations nationales et internationales de praticiens du droit et institutions arbitrales.

III. PROJET DE LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR CERTAINS ASPECTS JURIDIQUES DE L'ÉCHANGE DE DONNÉES INFORMATISÉES (EDI) ET DES MOYENS CONNEXES DE COMMUNICATION

A. Introduction

1. Projet de Loi type

55. Conformément à la décision prise par la Commission à sa vingt-cinquième session (1992)⁷, le Groupe de travail sur les échanges de données informatisées a consacré ses vingt-cinquième à vingt-huitième sessions à l'élaboration d'un projet de dispositions législatives types concernant l'échange de données informatisées (EDI) et l'utilisation d'autres techniques modernes de communication. Le Groupe de travail les a approuvées sous le nom de projet de Loi type sur certains aspects juridiques de l'échange de données informatisées (ci-après dénommé le "projet de Loi type"), à la fin de sa vingt-huitième session (les rapports sur les vingt-cinquième à vingt-huitième sessions du Groupe ont été publiés sous les cotes A/CN.9/373, 387, 390 et 406). Le texte des projets d'articles de la Loi type que le Groupe de travail a présenté à la Commission figure dans l'annexe au document A/CN.9/406.

56. Le Groupe de travail s'est appuyé sur des documents de travail du secrétariat concernant les questions pouvant être abordées dans la Loi type. Il s'agissait, entre autres, des documents A/CN.9/WG.IV/WP.53

⁷*Ibid.*, quarante-septième session, Supplément n° 17 (A/47/17), par. 140 à 148.

(Questions qui pourraient figurer dans le programme des activités futures sur les aspects juridiques de l'EDI) et A/CN.9/WG.IV/WP.55 (Ébauche de règles uniformes sur les aspects juridiques de l'échange de données informatisées). Les projets d'articles de la Loi type ont été présentés par le secrétariat sous les cotes A/CN.9/WG.IV/WP.57, 60 et 62. Le Groupe de travail était également saisi d'une proposition du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord sur les dispositions à inclure éventuellement dans le projet de Loi type (A/CN.9/WG.IV/WP.58). Le texte du projet de Loi type approuvé par le Groupe de travail à sa vingt-huitième session a été adressé à tous les gouvernements et à toutes les organisations internationales intéressées, pour observations. Leurs commentaires ont été consignés dans le document A/CN.9/409 et Add.1 à 4.

57. À sa vingt-huitième session (1995), la Commission a adopté le texte des articles 1 et 3 à 11 du projet de Loi type. La Commission a repris l'examen de celui-ci à sa vingt-neuvième session.

2. Dispositions additionnelles concernant les documents de transport

58. À sa vingt-huitième session⁸, la Commission a noté qu'à sa vingt-septième session (1994), ses membres s'étaient généralement déclarés favorables à une recommandation du Groupe de travail tendant à ce que des travaux préliminaires soient entrepris sur la question de la négociabilité et de la cessibilité des droits sur les marchandises dans un environnement informatique, dès que l'élaboration de la Loi type aurait été achevée⁹. Elle a également noté à ce propos qu'un débat préliminaire concernant les travaux futurs à entreprendre dans le domaine de l'échange de données informatisées avait eu lieu lors de la vingt-neuvième session du Groupe de travail (débat résumé aux paragraphes 106 à 118 du document A/CN.9/407). À cette session, le Groupe de travail a également examiné deux propositions émanant respectivement de la Chambre de commerce internationale (A/CN.9/WG.IV/WP.65) et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (A/CN.9/WG.IV/WP.66) concernant l'ajout éventuel dans le projet de Loi type de dispositions en vertu desquelles les termes et conditions incorporés dans un message de données par simple référence se verraient reconnaître les mêmes effets juridiques que s'ils avaient été énoncés expressément dans le texte du message (il est rendu compte du débat sur ce point aux paragraphes 100 à 105 du document A/CN.9/407). Le Groupe est convenu qu'il faudrait peut-être examiner la question de l'incorporation par référence dans le cadre des travaux futurs sur la négociabilité et la cessibilité des droits sur des marchandises (A/CN.9/407, par. 103). La Commission a souscrit à la recommandation du Groupe de travail selon laquelle le secrétariat devrait être chargé de faire une étude sur la négociabilité et la cessibilité des documents de transport EDI, en mettant l'accent sur les documents de transport maritime EDI et en tenant compte des avis exprimés et des suggestions faites lors de la vingt-neuvième session du Groupe de travail¹⁰.

59. À sa trentième session, le Groupe de travail a examiné, sur la base de l'étude réalisée par le secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.69), la question du transfert des droits dans le contexte des documents de transport et approuvé un projet de dispositions statutaires qui portent sur les contrats de transport de marchandises faisant intervenir des messages de données (le rapport sur les travaux de la session a été publié sous la cote A/CN.9/421). Ce texte, tel que le Groupe de travail l'a présenté à la Commission pour examen et incorporation éventuelle à la Loi type en tant que deuxième partie, est reproduit dans l'annexe au document A/CN.9/421.

3. Projet de guide pour l'incorporation de la Loi type dans le droit interne

60. Lors de l'élaboration du projet de Loi type, le Groupe de travail a noté qu'il serait utile de fournir des renseignements complémentaires dans un commentaire. À sa vingt-huitième session, au cours de laquelle il a arrêté le texte devant être soumis à la Commission, ses membres ont généralement souscrit à l'idée que le projet de Loi type soit accompagné d'un guide pour aider les États à l'incorporer au droit interne et à l'appliquer. Ce guide, qui pourrait être établi en grande partie sur la base des travaux préparatoires, serait utile tant pour les utilisateurs que pour les spécialistes de l'échange de données informatisées. Le Groupe de travail a fait observer que, durant les débats de cette session, il avait présumé que le projet de Loi type serait accompagné d'un guide.

⁸*Ibid.*, cinquantième session, Supplément n° 17 (A/50/17), par. 307.

⁹*Ibid.*, quarante-neuvième session, Supplément n° 17, (A/49/17), par. 201.

¹⁰*Ibid.*, cinquantième session, Supplément n° 17 (A/50/17), par. 309.

Il avait décidé, par exemple, de ne pas régler un certain nombre de points dans le texte du projet, mais de s'y référer dans le guide afin d'aider les États Membres à appliquer la Loi type le moment venu. Le secrétariat avait été invité à préparer un projet et à le soumettre au Groupe de travail pour qu'il l'examine à sa vingt-neuvième session (A/CN.9/406, par. 177).

61. Le Groupe de travail a effectivement examiné, à sa vingt-neuvième session, le projet de guide pour l'incorporation du projet de Loi type dans le droit interne (ci-après dénommé "le projet de guide") présenté dans une note du secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.64). Il a demandé à celui-ci d'en établir une version révisée, en tenant compte de ses décisions et des avis, propositions et préoccupations exprimés par ses membres au cours de cette session.

62. À sa vingt-neuvième session, la Commission était saisie du texte révisé du projet de guide élaboré par le secrétariat (A/CN.9/426).

B. Examen des projets d'articles

Article 12. Accusé de réception

63. La Commission était saisie du texte du projet d'article 12, approuvé par le Groupe de travail, à sa vingt-huitième session, dont le texte se lit comme suit :

"1. Le présent article s'applique lorsque, au moment de l'expédition d'un message de données ou avant cette expédition, ou au moyen dudit message de données, l'initiateur a demandé un accusé de réception.

2. Si l'initiateur n'a pas demandé que l'accusé de réception prenne une forme particulière, la demande d'accusé de réception peut être satisfaite par toute communication ou tout acte du destinataire suffisant pour indiquer à l'initiateur que le message de données a été reçu.

3. Si l'initiateur a déclaré que le message de données est subordonné à la réception d'un accusé de réception, le message des données est sans effet juridique tant que l'accusé de réception n'a pas été reçu.

4. Si l'initiateur n'a pas déclaré que le message de données est subordonné à la réception d'un accusé de réception et que l'accusé de réception n'a pas été reçu par l'initiateur dans le délai spécifié ou convenu ou, lorsqu'aucun délai n'a été spécifié ou convenu, dans un délai raisonnable :

a) L'initiateur peut aviser le destinataire qu'aucun accusé de réception n'a été reçu et spécifier un délai, qui doit être raisonnable, dans lequel l'accusé de réception doit être reçu; et

b) Si l'accusé de réception n'est pas reçu dans le délai spécifié à l'alinéa a) ci-dessus, l'initiateur peut, sur notification adressée au destinataire, considérer que le message de données n'a jamais été transmis, ou exercer tout autre droit qu'il peut avoir.

5. Lorsque l'initiateur reçoit un accusé de réception, il est présumé que le message de données en question a été reçu par le destinataire. Lorsque l'accusé de réception qui a été reçu indique que le message de données en question est conforme aux conditions techniques, soit convenues, soit fixées dans les normes applicables, il est présumé que ces conditions ont été remplies."

Observations générales

64. D'aucuns ont exprimé leur préoccupation au sujet de la notion d'"accusé de réception", sur laquelle se fondait le projet d'article, qui était, à leur avis, insuffisamment claire et trop vague, et ne reflétait pas de manière adéquate la diversité des procédures utilisées par les parties pour accuser réception des messages de données. Il a notamment été souligné que le texte du projet d'article 12 n'examinait pas en détail les cas où l'accusé de réception d'un message était automatiquement transmis par le système informatique du destinataire, distincts de ceux où l'envoi d'un accusé de réception résultait d'une action spécifique du destinataire. Il a été proposé de

considérer les cas où un accusé de réception était transmis automatiquement, sans intervention directe du destinataire, comme dérogeant aux règles générales établies par le projet d'article 12.

65. Il a été répondu que le projet d'article avait justement été rédigé en termes généraux pour tenir compte du fait que les fonctions d'un accusé de réception pouvaient être remplies en recourant à diverses procédures, qu'elles soient automatisées ou non. À ce sujet, certains participants ont fait observer que le projet d'article 12, comme les autres dispositions figurant au chapitre III, devait être considéré comme une disposition subsidiaire, à laquelle les parties étaient libres de déroger. L'accusé de réception automatique ne constituait qu'une des formes que pouvait prendre un accusé de réception, aux termes du projet d'article 12, sous réserve de tout accord entre les parties qui pouvaient, par exemple, décider d'exclure la transmission automatique d'accusés de réception ou, au contraire, établir des dispositions plus détaillées portant sur les conséquences du recours aux systèmes automatisés. Afin de préciser que les fonctions assignées à un accusé de réception, conformément à l'article 12, pouvaient être remplies par divers types de procédure, un certain nombre de propositions ont été formulées, visant à modifier la référence à la "forme" d'un accusé de réception au paragraphe 2. D'aucuns ont proposé de remplacer les mots "une forme particulière" par "une forme particulière ou contienne des informations spécifiques"; "soit d'un type particulier ou prenne une forme particulière"; ou "prenne une forme particulière ou utilise une méthode ou une procédure spécifique".

66. Toutefois, de nombreuses délégations ont exprimé l'avis que la question de la forme des accusés de réception ne pouvait être réglée de manière satisfaisante par l'introduction de modifications rédactionnelles mineures au paragraphe 2. Il fallait l'examiner dans le contexte de ses incidences éventuelles concernant des questions fondamentales comme celle de savoir si la forme de l'accusé de réception pouvait être choisie unilatéralement par l'initiateur ou par le destinataire; et la mesure dans laquelle l'envoi d'un accusé de réception de type particulier devait créer une présomption impliquant que le message en question avait été reçu par le destinataire. En ce qui concerne le libellé, il a généralement été convenu qu'il fallait inclure dans la disposition en question, en plus de la référence à la "forme" de l'accusé de réception, une référence à la "méthode" par laquelle l'accusé de réception pouvait être expédié.

67. Compte tenu des préoccupations exprimées au sujet du projet d'article 12, diverses délégations ont présenté une proposition commune, tendant à réviser le texte du projet. Le texte révisé, que la Commission a décidé de considérer comme base de discussion, se lisait comme suit :

"1. Les paragraphes 2 à 4 du présent article s'appliquent dans le cas où, avant ou au moment d'expédier un message de données ou dans ce message lui-même, l'expéditeur a demandé au destinataire un accusé de réception, ou est convenu avec lui qu'il y aurait un accusé de réception.

2. Si l'expéditeur n'a pas demandé que l'accusé de réception soit donné sous une forme ou selon une méthode particulière, ou s'il n'est pas convenu avec le destinataire qu'il sera donné sous une forme ou selon une méthode particulière, l'accusé de réception peut être donné :

a) Par toute communication, automatisée ou autre, émanant du destinataire, ou

b) Par tout acte du destinataire,

suffisant pour indiquer à l'expéditeur que le message de données a été reçu.

3. Si l'expéditeur a déclaré que l'effet du message de données est subordonné à la réception d'un accusé de réception, le message des données est sans effet juridique tant que l'accusé de réception n'a pas été reçu.

4. Si l'expéditeur n'a pas déclaré que l'effet du message de données est subordonné à la réception d'un accusé de réception et s'il n'a pas reçu d'accusé de réception dans le délai fixé ou convenu ou, quand aucun délai n'a été fixé ni convenu, dans un délai raisonnable, l'expéditeur peut :

a) Aviser le destinataire qu'aucun accusé de réception n'a été reçu et fixer un délai raisonnable dans lequel l'accusé de réception doit être reçu; et

b) Si l'accusé de réception n'est pas reçu dans le délai visé à l'alinéa a) ci-dessus, et sur notification adressée au destinataire, considérer que le message de données n'a jamais été expédié ou exercer tout autre droit dont il est éventuellement titulaire.

5. Lorsque l'expéditeur reçoit l'accusé de réception, il est présumé que le message de données en question a été reçu par le destinataire. Cette présomption n'implique pas que le message de données correspond au message reçu.

6. Lorsque l'accusé de réception indique que le message de données en question est conforme aux conditions techniques, soit convenues soit fixées dans les normes applicables [notamment en matière de vérification de l'intégrité du contenu], il est présumé que ces conditions ont été remplies.

7. Sauf dans la mesure où il concerne l'expédition ou la réception du message de données, le présent article n'a pas pour objet de régler les conséquences juridiques qui pourraient découler soit du fait de ce message, soit du fait de l'accusé de réception."

Nouveau paragraphe 1

68. Diverses délégations ont noté que le libellé du paragraphe 1 était très proche du texte du paragraphe 1 approuvé par le Groupe de travail, à la vingt-huitième session de la Commission, avec, comme seule adjonction, une référence aux cas où l'expéditeur et le destinataire étaient convenus qu'il y aurait un accusé de réception du message de données. D'aucunes ont estimé qu'une telle référence était superflue, compte tenu de la reconnaissance générale de l'autonomie des parties à l'article 10. La plupart des délégations considéraient toutefois que la référence en question était utile car elle soulignait que le projet d'article 12 devait être considéré comme règle subsidiaire. Après examen, la Commission a jugé que la substance du nouveau paragraphe 1 était généralement acceptable et a renvoyé le texte au groupe de rédaction.

Nouveau paragraphe 2

69. Certaines délégations ont exprimé l'avis que le nouveau paragraphe 2 était meilleur que le texte du paragraphe 2 approuvé par le Groupe de travail, à la vingt-huitième session, dans la mesure où il stipulait expressément que, si aucune forme particulière n'était demandée, l'accusé de réception pouvait être transmis valablement par des moyens automatiques, disposition qui n'était qu'implicite dans la version précédente de ce paragraphe.

70. Certains participants ont fait observer que le texte du nouveau paragraphe 2, en tant que règle subsidiaire, ne mentionnait que les cas où l'expéditeur n'était pas convenu avec le destinataire que l'accusé de réception serait donné sous une forme ou selon une méthode particulière. Des avis divergents ont été exprimés sur le point de savoir comment la Loi type devrait traiter les situations inverses, c'est-à-dire lorsque la forme de l'accusé de réception avait fait l'objet d'une demande ou d'un accord. Certaines délégations ont estimé que le nouveau paragraphe 2, suivant la version précédente, avait été rédigé de manière à permettre une interprétation *a contrario*. Suivant cette interprétation, lorsque l'expéditeur a unilatéralement demandé que l'accusé de réception soit donné sous une forme particulière et s'il n'a pas été accédé à sa demande, il faudrait alors considérer que l'accusé de réception n'a pas été reçu, aux fins des paragraphes 3 et 4 du projet d'article 12. Il a été rappelé à ce sujet que le projet d'article 12 était fondé sur la décision selon laquelle il appartenait à l'expéditeur de choisir la procédure à appliquer en matière d'accusés de réception. Comme raison de réaffirmer cette décision, d'aucuns ont déclaré que le projet d'article 12 avait notamment pour but d'éviter les situations où l'expéditeur pouvait agir dans un vide juridique. Cela pourrait arriver, notamment, dans le contexte de techniques de communication comme Open-EDI, où l'expéditeur et le destinataire n'étaient pas liés par un cadre juridique ou commercial préexistant. Par exemple, si l'expéditeur décide d'envoyer des messages concernant une offre de contrat, il doit être autorisé à déterminer, en l'absence de tout accord préalable, la méthode à utiliser pour l'accusé de réception des messages correspondants. Il a été répondu que, dans ce cas, les droits de l'expéditeur seraient généralement garantis par des dispositions juridiques applicables hors du cadre de la Loi type, par exemple, la loi applicable à la formation des contrats. À ce sujet, il a été rappelé que l'accusé de réception d'une offre devait être clairement séparé de toute communication relative à l'acceptation éventuelle de l'offre en question.

71. On a également dit qu'au moins dans les cas où le système informatique du destinataire envoie automatiquement des accusés de réception des messages, la Loi type ne devrait pas autoriser l'expéditeur à imposer unilatéralement les exigences quant à la forme, qui risquaient d'être incompatibles avec le fonctionnement normal du système. On a dit que le développement de l'utilisation de systèmes de communications automatisés risquerait d'en pâtir si l'expéditeur d'un message pouvait en entraver le fonctionnement automatique par des exigences de forme excessive. On a répondu que si une dérogation était faite au principe sous-jacent du projet d'article 12 pour tenir compte des accusés de réception automatiques, le pouvoir d'établir les normes applicables aux accusés de réception passerait de l'expéditeur au destinataire. Le fonctionnement de systèmes automatiques, qui ne paraissait guère convenable sans accord entre les utilisateurs, pourrait également être entravé si le destinataire était autorisé, par le biais des accusés de réception automatiques, à établir des procédures qui risquent d'être incompatibles avec le fonctionnement normal du système de communications de l'expéditeur.

72. Diverses propositions ont été faites en ce qui concerne la position adoptée dans la Loi type au sujet du pouvoir d'imposer unilatéralement des exigences quant à la forme des accusés de réception. L'une des propositions tendait à modifier le paragraphe 2 comme suit :

"2. Si l'expéditeur a demandé que l'accusé de réception soit donné sous une forme ou selon une méthode particulière, l'accusé de réception n'est suffisant aux fins des paragraphes 3 et 4 que s'il est donné sous cette forme ou selon cette méthode, à condition toutefois que la demande ne soit pas déraisonnable en l'occurrence. Si l'expéditeur n'a pas demandé que l'accusé de réception soit donné sous une forme particulière, la demande d'accusé de réception peut être satisfaite par toute communication ou tout acte du destinataire suffisant pour indiquer à l'expéditeur que le message donné a été reçu."

Des objections ont été élevées parce qu'en parlant du caractère raisonnable de la procédure demandée, on risquait d'introduire un facteur d'incertitude dans l'application de la Loi type. On a fait observer que, si le destinataire du message de données a envoyé un accusé de réception, même si ce n'était pas sous la forme demandée (par exemple s'il ne pouvait satisfaire à l'exigence de forme), il ne devrait pas être tenu de déterminer si l'exigence était raisonnable.

73. Une autre proposition tendait à formuler le paragraphe 2 en termes positifs, principalement pour connaître des situations où l'expéditeur a demandé que l'accusé de réception soit donné sous une forme particulière. Dans ce cas, le paragraphe 2 devrait prévoir qu'un accusé de réception ne saurait être valide aux termes du projet d'article 12 que s'il était donné sous la forme demandée. À titre de dérogation à cette règle, si un accusé de réception était établi automatiquement par le système de communications du destinataire, sous une forme que l'expéditeur n'a pas demandée, cet accusé de réception serait néanmoins valide aux termes du projet d'article 12 à condition qu'il parvienne à l'expéditeur.

74. On s'est prononcé en faveur de cette proposition, mais on s'est également prononcé en faveur du maintien du texte du paragraphe 2 adopté par le Groupe de travail à sa vingt-huitième session. De l'avis général cependant, le texte du nouveau paragraphe 2 devrait être axé sur les situations où l'expéditeur et le destinataire avaient convenu de procédures d'accusé de réception, les situations où l'expéditeur avait demandé que l'accusé de réception soit donné sous une forme particulière n'étant pas abordées expressément dans cet article. Il a été décidé de supprimer les mots "n'a pas demandé que l'accusé de réception soit donné sous une forme ou selon une méthode particulière ou s'il" du texte du nouveau paragraphe 2 qui avait été adopté par la Commission. On a fait observer qu'une conséquence possible de cette décision serait qu'une demande unilatérale de l'expéditeur quant à la forme de l'accusé de réception ne modifie en rien le droit du destinataire d'utiliser, pour l'accusé de réception, toute communication ou tout acte suffisant pour indiquer à l'expéditeur que le message a été reçu. Il a été généralement reconnu qu'il était d'autant plus nécessaire de souligner dans la Loi type la distinction à établir entre les effets d'un accusé de réception d'un message de données et toute communication envoyée en réponse au contenu de ce message de données, d'où la nécessité du paragraphe 7.

75. Après un débat, la Commission a adopté le nouveau paragraphe 2 tel que modifié quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Nouveau paragraphe 3

76. Il a noté que le texte du nouveau paragraphe 3 reprenait le texte du paragraphe 3 adopté par le Groupe de travail à la vingt-huitième session de la Commission. La Commission a jugé le nouveau paragraphe 3 généralement acceptable quant au fond. Il a été proposé d'ajouter la phrase suivante à la fin du paragraphe : "Si l'expéditeur a déclaré que le message de données est subordonné à la réception d'un accusé de réception donné sous une forme ou selon une méthode particulière, le message de données est sans effet juridique tant que l'accusé de réception n'a pas été reçu sous cette forme ou selon cette méthode." Cette proposition n'a recueilli aucun appui.

77. Du point de vue de la rédaction, on a dit que les mots "le message de données est sans effet juridique" risquaient d'être en contradiction avec le texte du nouveau paragraphe 7, selon lequel le projet d'article 12 n'avait pas pour objet de régler les conséquences juridiques qui pourraient découler du message de données. En outre, on pourrait se demander si la référence à un message de données "sans effet juridique" au paragraphe 3 devait s'entendre différemment de la référence au message de données considéré comme n'ayant "jamais été transmis" à l'alinéa *b*) du paragraphe 4.

78. Après un débat, la Commission a décidé que le membre de phrase "le message de données est sans effet juridique" serait remplacé par un libellé reprenant celui de l'alinéa *b*) du paragraphe 4. La question a été renvoyée au groupe de rédaction. Il a été décidé que l'éventuelle incompatibilité entre les nouveaux paragraphes 3 et 7 devrait être examinée plus avant dans le cadre du débat sur le nouveau paragraphe 7 (voir par. 84 à 86 ci-dessous).

Nouveau paragraphe 4

79. On a noté que le texte du nouveau paragraphe 4 reprenait celui du paragraphe 4 que le Groupe de travail avait adopté à sa vingt-huitième session. On a jugé que la mention d'un "délai raisonnable" dans le nouveau paragraphe 4 n'était pas claire et qu'il fallait parler d'un délai précis. Cette proposition n'a reçu aucun appui. Après un débat, la Commission a jugé le nouveau paragraphe 4 généralement acceptable quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Nouveau paragraphe 5

80. On a noté que la première phrase du nouveau paragraphe 5 reprenait la première phrase du paragraphe 5 que le Groupe de travail avait adopté à la vingt-huitième session. On a dit qu'il faudrait indiquer plus clairement qu'il ne fallait pas interpréter la présomption introduite au sujet de la réception du message de données comme impliquant l'approbation par le destinataire du contenu du message. Il a été généralement convenu qu'aussi bien le projet de guide (A/CN.9/426, par. 98) que le nouveau paragraphe 7 suffisaient à éviter une telle interprétation.

81. Quant à la deuxième phrase du nouveau paragraphe 5, on s'est demandé si cette disposition était compatible avec les dispositions du paragraphe 5 de l'article 11, qui définissaient les conditions dans lesquelles, en cas de contradiction entre le texte du message de données tel qu'il a été envoyé et le texte qui a été reçu, le texte reçu l'emporterait. De l'avis général, les deux dispositions n'étaient pas incompatibles.

82. Après un débat, la Commission a adopté le nouveau paragraphe 5 quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Nouveau paragraphe 6

83. La Commission a jugé le nouveau paragraphe 6 généralement acceptable quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction. Pour ce qui est des mots entre crochets ("notamment en matière de vérification de l'intégrité du contenu"), on a fait observer qu'il ne visait qu'à donner des exemples des "normes applicables" visées dans ce paragraphe. Il a été généralement convenu que ces exemples seraient plus à leur place dans le Guide que dans le projet de loi.

Nouveau paragraphe 7

84. On a dit que le nouveau paragraphe 7 était inutile puisque le projet d'article 12 n'avait pour effet que de définir les conditions dans lesquelles un accusé de réception et le message de données correspondant seraient considérés comme ayant été reçus. Il était donc suffisamment clair que le projet d'article 12 ne visait pas des conséquences juridiques qui pourraient découler de la réception du message de données. On a dit que si une disposition en ce sens était incorporée à l'article 12, on pourrait se demander s'il n'était pas nécessaire d'incorporer des dispositions similaires dans les projets d'articles 11 et 14. À l'appui de la suppression du nouveau paragraphe 7, on a également dit que si le Guide traitait de l'effet juridique d'un accusé de réception, des précisions pourraient être apportées dans la Loi type.

85. On a également dit que le nouveau paragraphe 7 pourrait avoir un rôle éducatif utile en dissipant les doutes qui pourraient naître quant à l'effet juridique d'un accusé de réception. Par exemple, le nouveau paragraphe 7 était utile en ce qu'il indiquait clairement qu'il ne fallait pas confondre un accusé de réception avec une communication concernant le contenu du message faisant l'objet de l'accusé de réception. De l'avis général, puisqu'il n'y a pas eu de fortes objections au maintien du paragraphe 7 dans le texte du projet d'article 12 et puisqu'une disposition en ce sens pourrait être jugée utile dans plusieurs pays, il faudrait adopter une disposition s'inspirant du nouveau paragraphe 7.

86. Comme on l'a dit à propos du débat sur le nouveau paragraphe 3 (voir par. 15 et 76 à 78 ci-dessus), la Commission a généralement considéré que les textes des nouveaux paragraphes 3 et 7 pouvaient être contradictoires. On a fait observer en particulier qu'en établissant des règles selon lesquelles un message de données sera "sans effet juridique" ou serait considéré comme n'ayant "jamais été transmis", les nouveaux paragraphes 3 et 4 traitaient bien de certaines conséquences juridiques que pourrait avoir la transmission d'un message de données.

87. Diverses propositions ont été faites en vue d'éliminer cette contradiction. On a proposé ainsi de commencer le paragraphe 7 par le membre de phrase suivant : "Outre qu'il établit la réception d'un message de données et sauf disposition contraire à la présente loi...". On a généralement considéré qu'un tel libellé viderait la disposition de tout sens. On a également proposé de commencer le paragraphe 7 par les mots suivants : "Outre qu'il établit la réception du message de données et sous réserve des dispositions des paragraphes 3 et 4...". On a dit qu'il était superflu de dire que le nouveau paragraphe 7 s'entendait sous réserve du nouveau paragraphe 4, puisque le nouveau paragraphe 4 traitait du moment et du lieu de réception du message de données et que le début du nouveau paragraphe 7 était donc suffisant à cet égard. On a également proposé de libeller le nouveau paragraphe 7 comme suit : "Sauf dans la mesure où il concerne la transmission ou la réception d'un message de données, le présent article ne traite pas des conséquences juridiques qui pourraient découler du message de données ou de l'accusé de réception."

88. Après un débat, la Commission a adopté la dernière proposition et a renvoyé le texte du nouveau paragraphe 7 au groupe de rédaction.

Article 13. Formation et validité des contrats

89. La Commission était saisie du texte ci-après du projet d'article 13, tel qu'il avait été approuvé par le Groupe de travail à sa vingt-huitième session :

"1. Dans le contexte de la formation des contrats, sauf convention contraire entre les parties, une offre et son acceptation peuvent être exprimées au moyen d'un message de données. Lorsqu'un message de données est utilisé pour la formation d'un contrat, la validité ou la force exécutoire dudit contrat ne sont pas déniées pour le seul motif qu'un message de données a été utilisé à cette fin.

2. Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas dans les situations suivantes : [...]"

Paragraphe 1

90. Les mots "sauf convention contraire entre les parties" de la première phrase du paragraphe ont suscité diverses opinions. Selon une opinion, ces mots devraient être supprimés puisqu'ils ne faisaient que réaffirmer le principe déjà posé à l'article 10. On a fait valoir que réaffirmer ainsi ce principe à l'article 13 prêterait à confusion et risquerait de conduire à interpréter trop restrictivement l'article 10 comme ne visant pas la situation envisagée au projet d'article 13.

91. On a soutenu à l'opposé que les mots en question devraient être maintenus, car ils étaient utiles en ceci qu'ils rappelaient et précisaient que l'utilisation de messages de données à l'occasion de la formation des contrats relevait de l'autonomie des parties. On a exprimé la crainte que l'article 10 ne soit interprété *a contrario*. Dans la mesure où il conférerait aux parties "engagées" dans une communication électronique le droit de déroger par convention aux dispositions du chapitre III, l'article 10 risquait d'être interprété à tort comme déniait ce droit aux parties qui ne seraient pas engagées dans une communication électronique. Selon cette interprétation, par exemple à l'occasion de la formation de contrats, les parties qui traitaient normalement entre elles au moyen d'un document papier et qui pourraient même être liées par un accord-cadre stipulant que tous contrats ultérieurs devront être formés au moyen de documents papier ne seraient pas nécessairement considérées au regard de l'article 10 comme libres de déroger aux dispositions du projet d'article 13. À défaut de stipuler expressément l'autonomie des parties, le projet d'article 13 risquerait donc de conduire à ce résultat inacceptable qu'il pourrait être invoqué pour écarter un accord-cadre.

92. Pour dissiper la crainte ainsi exprimée, il a été rappelé que le projet d'article 13 n'avait pas pour objet d'imposer l'utilisation de moyens de communication électroniques aux parties qui avaient recours à la communication par document papier pour former des contrats. Il visait plutôt, dans le contexte de la formation des contrats, à donner application au principe général énoncé à l'article 4 selon lequel l'utilisation de moyens de communication électroniques ne doit pas être l'objet de discrimination. La question de savoir s'il fallait maintenir ou non une référence à l'autonomie des parties dans le texte du projet d'article 13 se ramenait à celle de savoir s'il était utile ou non de réaffirmer et d'explicitier la règle générale posée à l'article 10.

93. À l'issue d'un débat, la Commission a décidé d'adopter le texte du paragraphe 1 tel quel, de façon à dissiper la crainte que la suppression des mots "sauf convention contraire entre les parties" n'ait des conséquences indésirées. Il a été également décidé que le projet de guide préciserait que l'article 13 ne visait qu'à expliciter et à réaffirmer le principe de l'autonomie des parties énoncé à l'article 10. Quant à la portée de ce dernier article, le projet de guide devrait préciser qu'il ne doit pas être interprété comme restreignant de quelque manière que ce soit le principe de l'autonomie des parties en ce qui concerne les parties autres que celles engagées dans l'utilisation de moyens de communication électroniques.

Paragraphe 2

94. La Commission a jugé le paragraphe 2 acceptable dans l'ensemble quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Projet de nouvel article 13 bis

95. Il a été fait observer que l'article 13 traitait uniquement des messages de données destinées à la conclusion d'un contrat, mais que le projet de Loi type ne consacrait pas de dispositions expresses aux messages de données liés non pas à la conclusion de contrats mais à l'exécution d'obligations conventionnelles (notification d'avaries dans la marchandise, offre de paiement, indication du lieu d'exécution du contrat, reconnaissance de dettes, etc.). Il a été proposé d'insérer dans la Loi type une disposition sur les manifestations de volonté autres que l'offre ou l'acceptation de l'offre.

96. On s'est opposé à cette proposition au motif qu'il se pourrait que le destinataire d'un message de données ne se soit pas attendu à recevoir un message par un moyen électronique. On a donc estimé qu'il serait injuste d'imposer les conséquences juridiques d'un message au destinataire qui ne soupçonnerait pas l'utilisation d'une méthode autre qu'un document papier pour la communication de ce message.

97. En réponse, on a rappelé que, ainsi qu'il avait été dit à propos du projet d'article 13 (voir plus haut par. 92), la Loi type ne visait pas tant à imposer l'utilisation de moyens électroniques de communication qu'à en valider

l'utilisation, sauf convention contraire des parties. Comme les moyens de communication modernes étaient utilisés dans un contexte d'incertitude juridique, en l'absence de réglementation précise dans la plupart des pays, il était bon que la Loi type consacre non seulement le principe général que l'utilisation de moyens de communication électroniques ne doit pas être l'objet de discrimination, ainsi qu'il était stipulé à l'article 4, mais également qu'il illustre ce principe à l'aide d'exemples précis. La formation des contrats n'était que l'un des domaines où une telle illustration était utile et la validité juridique des manifestations de volonté unilatérales ainsi que les autres avis ou déclarations susceptibles d'être émis sous la forme de messages de données méritaient également d'être mentionnés.

98. Plusieurs propositions ont été faites touchant la manière dont ce projet de disposition pourrait être libellé. C'est ainsi qu'il a été proposé d'insérer au projet d'article 13 un paragraphe supplémentaire conçu comme suit : "Lorsqu'un message de données est utilisé dans une transaction, la validité juridique ou la force exécutoire de cette transaction ne sont pas déniées pour le seul motif qu'un message de données a été utilisé." Il a par ailleurs été proposé d'insérer, soit dans un nouveau paragraphe de l'article 13 soit dans un article distinct qui serait conçu sur le modèle du projet d'article 13, les mentions "toute communication" ou "toute transaction ou autre communication". On s'est opposé à l'utilisation de ces notions au motif qu'elles pourraient se révéler trop vagues pour avoir un sens juridique véritable. Il a en outre été proposé de retenir des catégories du droit comme la "déclaration d'intention", "la manifestation de volonté ou la connaissance", l'"acte juridique" et la "notification ou déclaration".

99. À l'issue d'un débat, la Commission a décidé que, dans le souci de contribuer à une certitude juridique en cette matière et de faciliter l'utilisation des moyens de communication électroniques, un nouvel article serait inséré dans le texte du projet de Loi type et a prié le groupe de rédaction d'élaborer une disposition en tenant compte des propositions susmentionnées.

Article 14. Moment et lieu de l'expédition et de la réception d'un message de données

100. Le texte du projet d'article 14 examiné par la Commission se lisait comme suit :

1. Sauf convention contraire entre l'initiateur et le destinataire d'un message de données, l'expédition d'un message de données intervient lorsqu'il entre dans un système d'information qui n'est pas sous le contrôle de l'initiateur.

2. Sauf convention contraire entre l'initiateur et le destinataire d'un message de données, le moment de la réception d'un message de données est déterminé comme suit :

a) Si le destinataire a désigné un système d'information aux fins de la réception de messages de données, la réception intervient au moment où le message de données entre dans le système d'information désigné, mais, si le message de données est envoyé à un système d'information du destinataire qui n'est pas le système d'information désigné, la réception intervient lorsque le message de données est retiré par le destinataire;

b) Si le destinataire n'a pas désigné de système d'information, la réception intervient lorsque le message de données entre dans un système d'information du destinataire.

3. Les dispositions du paragraphe 2 s'appliquent même si le lieu où est situé le système d'information est différent du lieu où le message de données est reçu en application du paragraphe 4.

4. Sauf convention contraire entre l'initiateur et le destinataire de la transmission informatisée d'un message de données, le message de données est réputé avoir été reçu au lieu où le destinataire a son établissement et est réputé avoir été expédié du lieu où l'initiateur a son établissement. Aux fins du présent paragraphe :

a) Si le destinataire ou l'initiateur a plus d'un établissement, l'établissement à prendre en considération est celui qui a la relation la plus étroite avec l'opération sous-jacente ou, en l'absence d'opération sous-jacente, l'établissement principal;

b) Si le destinataire ou l'initiateur n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu.

5. Les dispositions du paragraphe 4 sont sans effet pour la détermination du lieu de réception ou d'expédition aux fins de toute loi en matière administrative ou pénale ou en matière de protection des données."

Paragraphe 1

101. Diverses préoccupations ont été exprimées, indiquant qu'il serait peut-être inapproprié de définir l'"expédition" d'un message de données par référence à une opération qui intervient en fait après l'expédition, c'est-à-dire lorsque le message entre dans un système d'information ne dépendant pas de l'expéditeur. Il a été répondu que, dans un environnement électronique, il n'existait pas d'équivalent à la "règle du cachet de la poste" du type de celles existant dans de nombreuses législations nationales en ce qui concerne les communications écrites. Toutefois, la règle figurant au paragraphe 1 visait à remplir, dans un environnement électronique, la fonction d'une "règle du cachet de la poste", à savoir établir avec certitude le moment de l'expédition d'un message de données. En réponse aux préoccupations exprimées ci-dessus, il a été indiqué que, lorsque les parties correspondent directement dans un contexte électronique, l'expédition et la réception du message peuvent intervenir presque simultanément. Il a été rappelé que le Groupe de travail avait examiné cette question en détail, y compris les conséquences résultant du fait que le destinataire, de manière intentionnelle, ne retire pas le message en question. Le Groupe de travail avait estimé que le seul moyen objectif de déterminer à quel moment un message avait été expédié était celui indiqué au paragraphe 1, à savoir lorsqu'un message entrait dans un système d'information ne dépendant pas de l'expéditeur. Il pouvait s'agir du système d'information du destinataire ou d'un système maintenu par une tierce partie prestataire de services.

102. Après examen, la Commission a jugé que le paragraphe 1 était dans l'ensemble acceptable quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction. Les délégations ont reconnu que la référence, à la fin du paragraphe 1, à "un système d'information qui n'est pas sous le contrôle de l'initiateur" devrait peut-être être modifiée afin de préciser qu'il s'agit d'une référence au contrôle de l'expéditeur lui-même ou au contrôle de la personne qui a envoyé le message de données en son nom, suivant le cas.

Paragraphe 2

103. De l'avis de certaines délégations, la Commission devrait également envisager d'examiner, au paragraphe 2, les situations où la formation d'un accord entre l'expéditeur et le destinataire exige que ce dernier connaisse effectivement le contenu du message qui lui est adressé. Il a été proposé à cette fin d'ajouter les mots "sauf lorsque la connaissance effective du message par le destinataire constitue un élément essentiel de la transaction", à la suite de la phrase d'ouverture de l'alinéa a) du paragraphe 2. Toutefois, cette proposition n'a pas recueilli un soutien suffisant, certaines délégations estimant que l'ajout proposé revenait en fait à introduire une nouvelle règle de fond dans la Loi type en ce qui concerne la valeur légale des messages de données, à savoir une règle fondée sur l'information du destinataire quant au contenu du message. Il a été rappelé que la Loi type partait du principe que le message de données prenait effet à compter du moment de sa réception par le destinataire.

104. Après examen, la Commission a jugé que le paragraphe 2 était, dans l'ensemble, acceptable quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Paragraphe 3

105. La Commission a jugé que le paragraphe 3 était, dans l'ensemble, acceptable quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction. Il a été décidé d'ajouter les mots "réputé avoir été" avant "reçu", afin d'harmoniser le paragraphe 3 avec le texte du paragraphe 4.

Paragraphe 4

106. Certaines délégations ont demandé pourquoi le paragraphe 4 faisait référence à "une transmission informatisée de message de données" et le paragraphe 3 à un "message de données". Il a été répondu que les

mots "de la transmission informatisée" avaient été ajoutés au "message de données" dans la première phrase du paragraphe 4, parce que ce paragraphe avait pour objet de régler des difficultés n'intervenant que dans le contexte d'un échange de données informatisées. Les délégations se sont toutefois généralement accordées à penser qu'il était préférable de supprimer les mots "de la transmission informatisée" au paragraphe 4, car ils risquaient de susciter des doutes quant au champ d'application du paragraphe 4 et, plus généralement, à la signification des mots "message de données" employés dans d'autres dispositions de la Loi type, étant donné que les transmissions visées par la Loi type n'étaient pas toutes "informatisées".

107. Certaines délégations ont estimé que le libellé actuel de l'alinéa *b)* n'était pas très clair et qu'il serait préférable de supprimer les mots "sa résidence habituelle en tient lieu" et de les remplacer par "le lieu de sa résidence habituelle doit être considéré comme celui de son établissement". Il a toutefois été souligné que le libellé actuel de l'alinéa *b)* du paragraphe 4 découlait de l'article 10 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises et il a généralement été convenu qu'à des fins d'uniformité, il fallait utiliser les mêmes termes dans la Loi type.

108. Après examen, la Commission a jugé que le paragraphe 4 était, dans l'ensemble, acceptable quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction. D'un point de vue rédactionnel, certaines délégations ont estimé que, comme l'envoi d'un message précédait nécessairement sa réception, les divers éléments du paragraphe 4 devraient être réarrangés, de manière à traiter en premier la question du lieu où le message était réputé avoir été expédié, avant d'établir le lieu où il était réputé avoir été reçu.

Paragraphe 5

109. De l'avis de certaines délégations, le paragraphe 5 devrait exclure non seulement la détermination du lieu de réception ou d'expédition aux fins de toute loi administrative ou pénale ou en matière de protection des données, mais aussi l'application du paragraphe 4 à la détermination du lieu de réception ou d'expédition, aux fins de déterminer la juridiction des tribunaux nationaux ou autres organes. Diverses délégations ont estimé que les paragraphes 4 et 5, sous leur forme actuelle, permettaient aux parties de déroger aux règles juridictionnelles ou procédurales, en convenant du lieu où le message devrait être réputé avoir été expédié ou reçu. Afin d'empêcher que les parties ne soient totalement libres de se soustraire à la juridiction des tribunaux nationaux ou autres organes, il a été proposé de supprimer les mots "sauf convention contraire entre l'initiateur et le destinataire" au paragraphe 4 et d'ajouter le mot "procédurale" après "administrative," au paragraphe 5.

110. Certaines délégations ont approuvé la suppression proposée au paragraphe 4, étant donné que les mots "sauf convention contraire entre l'initiateur et le destinataire" figurant dans ce paragraphe étaient considérés comme une répétition inutile de la règle énoncée au paragraphe 1 de l'article 10, selon laquelle les dispositions du chapitre III de la Loi type peuvent être modifiées par convention entre les parties. Il a toutefois été rappelé que cette question avait été examinée par le Groupe de travail, dont la plupart des membres avaient préconisé le maintien de ces termes. La Commission a donc décidé de maintenir le libellé du paragraphe 4.

111. Des objections ont été émises concernant l'adjonction proposée du mot "procédurale" au paragraphe 5. Il a été fait observer que les questions relatives aux conflits de lois et les questions d'ordre juridictionnel ne relevaient pas du champ d'application de la Loi type en général et du paragraphe 5 en particulier. Certaines délégations ont émis des doutes quant à la nécessité de maintenir le paragraphe 5 qui, selon elles posait de nouvelles questions et créait plus de difficultés qu'il n'était censé en résoudre. D'autres ont par ailleurs souligné qu'il était essentiel de conserver le paragraphe 4 en tant que règle subsidiaire et de maintenir la capacité des parties de déterminer le lieu de leurs opérations.

112. En ce qui concerne l'adjonction proposée au paragraphe 5, certains participants ont estimé qu'elle serait non seulement inutile mais néfaste car elle élargirait le champ d'une disposition d'exception qui contenait déjà d'importantes dérogations au paragraphe 4. De plus, les considérations d'ordre public ne constituaient pas une raison suffisamment convaincante pour élargir à ce point le champ d'application du paragraphe 5, car il était peu probable que les tribunaux nationaux feraient appliquer un accord privé au détriment de lois obligatoires.

113. La Commission a procédé à un débat général sur le champ d'application du paragraphe 5 sous sa forme actuelle. Certaines délégations ont souligné que, dans certains systèmes juridiques, les termes "loi en matière

administrative ou pénale ou en matière de protection des données" avaient un caractère suffisamment général pour englober les lois juridictionnelles ou procédurales, sans qu'il soit nécessaire de procéder à des ajouts. D'aucunes ont également fait observer que le paragraphe 5 risquait de donner des résultats divers suivant les systèmes juridiques considérés, du fait qu'il mentionnait des domaines législatifs qui n'étaient pas harmonisés et faisaient l'objet d'interprétations différentes dans le contexte des législations nationales. Il a également été souligné que l'article premier de la Loi type, tel que précisé dans la dernière de ses notes de bas de page, donnait déjà aux États la possibilité d'identifier les situations auxquelles ne s'appliquaient pas les dispositions de la Loi type.

114. D'aucuns ont toutefois estimé qu'il ne convenait pas d'incorporer dans l'article premier, qui définissait en termes généraux le champ d'application de la Loi type, une disposition visant expressément à écarter la possibilité que les parties se soustraient à la juridiction des tribunaux nationaux par accord sur le lieu où un message est réputé être expédié ou reçu. Certaines délégations ont indiqué que, si la Commission était gravement préoccupée par cette possibilité, elle pouvait ajouter une disposition spécifique à l'article 14 qui permettrait aux États d'exclure certaines situations du champ d'application de l'article 14, et serait analogue à celle figurant au paragraphe 2 de l'article 6.

115. Après examen, la Commission a décidé de supprimer le paragraphe 5 et de le remplacer par le texte suivant :

"Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas dans les situations suivantes [...]".

Article 2. Définitions

116. Le texte du projet d'article 2 que la Commission a examiné était le suivant :

"Aux fins de la présente loi :

a) Le terme 'message de données' désigne une information créée, conservée ou communiquée par des moyens électroniques ou optiques ou par des moyens analogues, y compris l'échange de données informatisées (EDI), le courrier électronique, le télégraphe, le télex ou la télécopie;

b) Le terme 'échange de données informatisées (EDI)' désigne le transfert électronique d'ordinateur à ordinateur d'une information par l'utilisation d'une norme convenue pour structurer l'information;

c) Le terme 'initiateur' d'un message de données désigne une personne par laquelle, ou au nom de laquelle, le message de données est présumé avoir été créé, conservé ou communiqué, mais il n'inclut pas une personne agissant en tant qu'intermédiaire pour ce qui est dudit message de données;

d) Le terme 'destinataire' d'un message de données désigne une personne qui est supposée, selon l'intention de l'initiateur, recevoir le message de données, mais il n'inclut pas une personne agissant en tant qu'intermédiaire pour ce qui est dudit message de données;

e) Le terme 'intermédiaire', pour ce qui est d'un message de données particulier, désigne une personne qui, au nom d'une autre personne, reçoit, transmet ou conserve ledit message de données ou fournit d'autres services pour ce qui est dudit message de données;

f) Le terme 'système d'information' désigne [un système] [un ensemble de moyens techniques] utilisé pour créer, transmettre, recevoir ou conserver des informations dans un message de données."

Alinéa a) (Définition du "message de données")

117. On a émis l'avis qu'il ne convenait pas, dans la définition du "message de données", de faire référence au "télégraphe", au "télex", ou à la "télécopie", car cela risquait de donner à penser que la Loi type pouvait aussi s'appliquer à n'importe quel type de communication sur support papier. De l'avis général, cela ne devait pas être

le cas. La Commission a toutefois conclu que la référence au télégraphe, au télex ou à la télécopie était nécessaire, puisque la création ou la communication de messages par de tels moyens de communication ne se faisait pas exclusivement sur support papier et comportait un élément de dématérialisation du support de l'information.

118. La Commission a procédé à un débat général concernant la référence, à l'alinéa *a*), aux moyens utilisés pour créer, conserver ou communiquer l'information ("moyens électroniques ou optiques ou ... moyens analogues") ainsi que la liste desdits moyens donnée à titre indicatif ("l'échange de données informatisées (EDI), le courrier électronique, le télégraphe, le télex ou la télécopie") qui devaient entrer dans la définition du "message de données". On a fait valoir que la référence aux "moyens électroniques ou optiques ou ... moyens analogues" n'était pas exhaustive et qu'on ne savait pas très bien ce que recouvrait l'expression "moyens analogues". De nombreux lecteurs risquaient de confondre les mots "analogue" et "analogique" (et encore plus en anglais "*analogous*" et "analogue") et d'interpréter cette expression comme s'opposant à "numérique". La définition renverrait alors à n'importe quel ensemble de données, y compris des données communiquées oralement. Afin de rendre la définition plus claire, on a proposé d'utiliser le mot "numérique" au lieu d'"analogue".

119. Diverses objections ont été formulées à l'encontre de cette proposition et un certain nombre de propositions de remplacement ont été avancées. On a fait valoir que la définition du "message de données" avait fait l'objet de longues discussions au sein du Groupe de travail et qu'elle tenait dûment compte des technologies qui existaient actuellement, sans exclure pour autant les technologies qui pourraient apparaître à l'avenir. Il ne fallait donc la modifier qu'avec la plus grande prudence et veiller en particulier à ce qu'elle soit compatible avec les autres dispositions de la Loi type. Le mot "analogue" était utilisé dans ce contexte pour bien faire ressortir que la liste n'avait qu'un caractère indicatif. En remplaçant ce mot par le mot "numérique", on donnerait l'impression que la liste était exhaustive, ce qui restreindrait indûment la portée de la définition.

120. On a en outre fait valoir que le mot "numérique" se rapportait à l'information et non pas au moyen par lequel celle-ci était créée, conservée ou communiquée et que les données numériques, tout comme les données analogiques, pouvaient être transmises par des moyens électroniques ou optiques. On ne pouvait donc pas parler de "moyens numériques". On a suggéré, si la Commission jugeait nécessaire d'utiliser le mot "numérique", que celui-ci qualifie le mot "information". Ce à quoi on a rétorqué qu'une référence à l'"information numérique" réduirait indûment la portée du mot "information", car elle exclurait, par exemple, l'information analogique. On a également proposé d'insérer, après le mot "communiquée" les mots "sous forme numérique ou analogique", car toute qualification de la nature de l'information ou des moyens par lesquels celle-ci était créée, conservée ou communiquée sur la base des technologies actuelles, risquait de rendre la Loi type inapplicable dans le cas des technologies qui pourraient apparaître à l'avenir.

121. Le principal problème que posait l'utilisation du mot "analogue" étant la possibilité d'une confusion avec le mot "analogique", on a suggéré de remplacer l'expression "moyens analogues" par l'expression "moyens semblables". On a, toutefois, objecté que les mots "semblable" et "analogue" n'avaient pas le même sens. À l'alinéa *a*), l'expression "moyens analogues" englobait les moyens qui pourraient être utilisés pour accomplir des fonctions parallèles à celles accomplies par les moyens énumérés dans ledit alinéa sans que ces moyens soient nécessairement "semblables". On a fait observer, à cet égard, que les moyens "électroniques" et les moyens "optiques" étaient des moyens "analogues", mais non pas, à proprement parler, "semblables".

122. De l'avis général, l'alinéa *a*), tout comme l'ensemble de la Loi type, devait viser les messages qui étaient créés, conservés ou communiqués essentiellement sans support papier. On a donc proposé de préciser la portée de la définition dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type et d'y traiter de certains des points soulevés lors du débat à la Commission. Il a été convenu que les problèmes que la Commission avait relevés en ce qui concerne la définition du "message de données" figurant à l'alinéa *a*) du projet d'article 2 étaient en fait d'ordre linguistique et ne portaient pas sur le fond. Ces problèmes pourraient être résolus en insérant dans le Guide des commentaires appropriés. Après un débat, la Commission a jugé que l'alinéa *a*) était acceptable quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction (voir aussi le paragraphe 197 ci-dessous).

Alinéa b) (Définition de l'«échange de données informatisées (EDI)»

123. On a estimé que l'expression "transfert ... d'ordinateur à ordinateur" était trop restrictive, l'information n'étant pas toujours transférée directement d'un ordinateur à un autre. En fait, l'information pouvait être créée sur ordinateur, conservée sous forme numérique (par exemple sur une disquette) et transférée manuellement pour être saisie ultérieurement sur un autre ordinateur. On a donc proposé d'utiliser l'expression "information exploitable sur ordinateur" de façon à couvrir également les situations dans lesquelles les données numériques n'étaient pas directement transférées d'ordinateur à ordinateur.

124. On a fait observer à cet égard que la définition utilisée à l'alinéa *b*) reposait sur un texte adopté par le Groupe de travail de la facilitation des procédures du commerce international (WP.4) de la Commission économique pour l'Europe, qui définissait l'EDI comme suit :

"Échange de données informatisées (EDI) : Le transfert électronique, d'ordinateur à ordinateur, d'opérations commerciales ou administratives en utilisant une norme convenue pour structurer l'opération ou le message de données."

De l'avis général, la définition de l'EDI dans la Loi type devait s'aligner sur cette définition. La Commission a décidé de retenir le libellé de l'alinéa *b*) et a recommandé de préciser dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type que les données numériques transférées manuellement, qu'elles soient ou non considérées comme entrant dans la définition de l'EDI figurant à l'alinéa *b*), étaient englobées dans la définition du "message de données" figurant à l'alinéa *a*).

Alinéa c) (Définition du terme "Expéditeur")

125. Certains ont fait part de leurs préoccupations quant à la définition du terme "expéditeur"; dans son libellé actuel, celle-ci pouvait en effet être interprétée comme s'appliquant non seulement à l'expéditeur proprement dit mais aussi à toute personne qui conservait un message de données ou qui, après avoir reçu un message, le transmettait au destinataire final. Qui plus est, le libellé actuel de cet alinéa semblait laisser entendre qu'un message pouvait avoir deux expéditeurs : celui qui créait le message et celui qui le conservait. On craignait en outre que la définition, sous sa forme actuelle, puisse s'appliquer aux agents des expéditeurs. Dans le but de clarifier le champ de la définition, il a été proposé d'insérer les termes "avant d'avoir été" avant les termes "conservé ou communiqué". Il deviendrait ainsi évident qu'une personne qui ne faisait que recevoir et conserver ou recevoir et transmettre un message de données n'était pas un "expéditeur" au sens de la Loi type.

126. La Commission a procédé à un échange de vues sur l'emploi des termes "créé, conservé ou communiqué" à l'alinéa *c*). On a rappelé qu'il avait été fait mention de la conservation des messages de données dans cet alinéa pour qu'il soit bien clair que la Loi type s'appliquait non seulement à l'information créée et communiquée mais également à l'information conservée sans être communiquée (documents, dossiers et comptes par exemple). On a toutefois fait observer que l'alinéa *c*), dans son libellé actuel, semblait donner le même poids au fait de créer, de conserver ou de communiquer un message, ce qui n'était pas conforme aux objectifs réels de la Loi type. On a considéré qu'il importait de mettre l'accent sur le fait de créer un message, critère de base sur lequel se fondait la définition de l'expéditeur.

127. En réponse à cette proposition, on a souligné que le fait d'insérer les termes "avant d'avoir été" reviendrait à atténuer l'importance de l'acte consistant à communiquer un message de données et à reléguer celui-ci plus ou moins à l'arrière-plan alors qu'il constituait l'idée directrice du chapitre III de la Loi type. Plusieurs autres propositions ont été formulées, notamment : *a*) supprimer le terme "conservé" en maintenant le reste du texte, et *b*) remplacer les termes "créé, conservé ou communiqué" par les termes "créé et communiqué avant d'avoir été conservé" ou "créé ou communiqué avant d'avoir été éventuellement conservé".

128. À la suite d'un échange de vues, la Commission a confirmé le principe général selon lequel la définition du terme "expéditeur" devait recouvrir non seulement l'information qui était créée et communiquée, mais aussi celle qui était créée puis conservée sans avoir été communiquée. Il a en outre été décidé que la définition de ce terme serait libellée de façon à éviter qu'une personne qui, ayant reçu un message de données, s'était bornée à le conserver, puisse être considérée comme un expéditeur. Après un échange de vues, la Commission a renvoyé l'alinéa *c*) au groupe de rédaction de sorte que ses décisions soient incorporées dans le texte; celui-ci par ailleurs,

a été considéré comme acceptable d'une manière générale. Il a aussi été décidé que le Guide pour l'incorporation de la Loi type tiendrait compte de cet échange de vues.

129. On s'est demandé si les termes "est présumé avoir été..." étaient nécessaires dans le contexte de l'alinéa *c)* étant donné que les questions liées à l'attribution d'un message de données étaient traitées à l'article 11 de la Loi type. On a rappelé que les termes en question avaient été inclus dans la définition du terme "expéditeur", parce que ce dernier était aussi utilisé dans d'autres dispositions, en particulier au chapitre II de la Loi type, et pas seulement à l'article 11. On a proposé d'éliminer le terme "expéditeur" à l'article 6 pour le remplacer par le terme "signataire", ce qui éviterait d'avoir à conserver les termes "est réputé avoir été" à l'alinéa *c)*. Il a été répondu à cet argument que les termes "est réputé avoir été" étaient essentiels dans le contexte de l'alinéa *c)*, car l'alinéa 11 visait également les cas où un message de données pourrait être attribué à l'expéditeur même s'il était envoyé par une autre personne. Il était donc nécessaire de marquer clairement la différence entre un expéditeur et un imposteur compte tenu de l'alinéa *b)* du paragraphe 3 de l'article 11. Des objections ont aussi été soulevées en ce qui concerne l'amendement proposé à l'article 6 au motif que, si le terme "expéditeur" était défini de façon satisfaisante, il n'existait aucune définition du terme "signataire" dans la Loi type et que l'utilisation de ce terme risquait de prêter à confusion.

Alinéa d) (Définition du terme "Destinataire")

130. La crainte a été exprimée que le terme "personne" à l'alinéa *d)* puisse être interprété de façon restrictive et ne viser que des particuliers. Il a été répondu que ce terme était également utilisé dans diverses dispositions de la Loi type ainsi que dans d'autres textes adoptés par la Commission et il était bien entendu dans tous les cas, pour la Commission comme pour le Groupe de travail, que le terme "personne" couvrait également les personnes morales.

131. On a exprimé l'opinion selon laquelle, la définition du terme "destinataire" n'étant pas suffisamment précise, il serait peut-être préférable d'avoir recours à un concept tel que celui de "la personne qui reçoit en dernier" un message de données pour remplacer le membre de phrase "une personne qui est supposée, selon l'intention de l'expéditeur, recevoir le message de données". Il a été dit que le concept de "personne qui reçoit en dernier" le message de données offrait un critère objectif, grâce auquel il n'était plus nécessaire de se demander quelle était l'intention de l'expéditeur s'agissant de la détermination du destinataire. Toutefois, le nouveau libellé n'a pas été adopté en raison des difficultés qu'il risquait de créer dans les cas où le message faisait fausse route et où la "personne qui reçoit en dernier" le message de données n'était pas celle qui, selon l'intention de l'expéditeur, devait recevoir le message. Après un échange de vues, la Commission a estimé que la teneur de l'alinéa *d)* était d'une manière générale acceptable et a renvoyé celui-ci au groupe de rédaction.

Alinéa e) (Définition du terme "Intermédiaire")

132. On a demandé à quel objectif répondait l'inclusion d'une définition du terme "intermédiaire" à l'article 2, étant donné que ce terme n'apparaissait dans aucune autre disposition de la Loi type. On a fait observer que ce terme ne figurait qu'aux alinéas *c)* et *d)* de l'article 2 et ce, dans le seul but d'exclure les intermédiaires du champ de la définition des termes "expéditeur" et "destinataire". On a aussi exprimé l'avis selon lequel la définition du terme "intermédiaire" était trop large et pouvait être interprétée comme recouvrant tous les agents ou employés de l'expéditeur ou du destinataire.

133. On a répondu à cela que la présence d'une définition du terme "intermédiaire" et la mention expresse, dans la Loi type, du fait que les intermédiaires n'étaient ni des "expéditeurs" ni des "destinataires" avaient été considérés comme nécessaires par des particuliers et des organisations exerçant leurs activités dans le domaine du commerce électronique. On a considéré que la présence de cette définition servait à confirmer que la Loi type ne poserait pas d'obstacles aux activités de ces intermédiaires. On a considéré en même temps que la définition n'excluait pas du champ d'application de la Loi type toute personne ou catégorie de personnes présumée être visée par celle-ci. S'agissant des agents, on a fait observer que, dans la mesure où les agents intervenaient au nom de l'expéditeur ou du destinataire, leurs actes étaient présumés être ceux de l'expéditeur ou du destinataire, selon le cas. Il ne s'agissait pas d'intermédiaires au sens de la Loi type, comme il ressortait clairement de la formulation des alinéas *c)* et *d)*. On a fait observer que la définition du terme "intermédiaire" avait fait l'objet d'échanges de vues approfondis au Groupe de travail, qui avait envisagé d'autres possibilités, par exemple une

référence précise aux "fournisseurs de service". On a rappelé que, vu les difficultés que soulevait la nécessité de définir les fonctions des "fournisseurs de service", le Groupe de travail avait finalement décidé de conserver le terme "intermédiaire".

134. Une proposition a été faite en vue de préciser le champ de la définition figurant à l'alinéa *e*) en définissant un "intermédiaire" comme étant une personne "dont l'activité est de fournir des services consistant à recevoir, transmettre ou conserver des messages de données à l'intention d'une autre personne" ou "pour le compte d'une autre personne". Pour améliorer cette définition, il a été proposé de retenir un libellé faisant clairement ressortir que cette définition ne visait pas seulement les personnes dont la seule activité consistait à agir en qualité d'"intermédiaires". On a aussi proposé d'inclure après le terme "personne" différentes expressions telles que "ayant pour occupation de" "ayant notamment pour occupation de". Des objections ont été soulevées à ces propositions au motif que, comme il avait été dit antérieurement au Groupe de travail, il pouvait arriver qu'une personne reçoive, transmette ou conserve occasionnellement des messages de données pour une autre personne sans que cette activité soit considérée comme étant sa principale occupation. On s'est accordé à penser que la Loi type devait être suffisamment souple pour pouvoir s'appliquer aussi aux personnes qui n'agissaient qu'occasionnellement en qualité d'intermédiaires.

135. L'opinion qui l'a emporté était que la définition du terme "intermédiaire" était nécessaire afin de limiter la portée des définitions des termes "expéditeur" et "destinataire", mais qu'un libellé plus restrictif de l'alinéa *e*) risquait d'exclure certaines catégories auxquelles la définition du terme "intermédiaire" devrait s'appliquer. Après un échange de vues, la Commission a estimé que la teneur de l'alinéa *e*) était dans l'ensemble acceptable quant au fond et a renvoyé celui-ci au groupe de rédaction.

Alinéa f) (Définition des termes "système d'information")

136. Il a été proposé, pour des raisons sémantiques, de ne pas utiliser le terme "système" dans la définition de l'expression "système d'information" et d'employer plutôt le terme "technologie". On a toutefois fait observer que le terme "technologie" n'était peut-être pas un bon choix car il était généralement utilisé pour désigner des moyens techniques déterminés utilisés pour exercer une activité ou obtenir un résultat (par exemple l'informatique). Quant au terme "système", il fallait l'interpréter dans son sens habituel de capacité opérationnelle.

137. On s'est accordé à penser que, puisque l'expression "message de données" était définie à l'alinéa *a*) comme étant "l'information" créée, conservée ou communiquée par des moyens électroniques, le membre de phrase "des informations dans un message de données", à l'alinéa *f*), semblait faire double emploi. On a par conséquent décidé de remplacer ce membre de phrase par les termes "des messages de données". On a aussi estimé, dans un souci d'uniformité, que le libellé de l'alinéa *f*) devrait refléter celui du paragraphe 1 de l'article 10. La Commission a donc décidé d'ajouter les termes "ou traiter de toute autre manière" après le terme "conserver".

138. À la suite d'un échange de vues, la Commission a estimé que l'alinéa *f*), tel qu'il avait été modifié, était dans l'ensemble acceptable quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Règles particulières concernant les documents de transport

139. La Commission était saisie d'un projet d'article x approuvé par le Groupe de travail à sa trentième session (A/CN.9/421), qui se lisait comme suit :

"DEUXIÈME PARTIE. RÈGLES CONCERNANT LES DOCUMENTS DE TRANSPORT

Projet d'article x. *Contrats de transport de marchandises faisant intervenir des messages de données*

1. Le présent article s'applique à l'un quelconque des actes entrepris à propos d'un contrat de transport ou en application de ce contrat, notamment, mais non exclusivement, les actes suivants :

a) i) Indication des marques, du nombre, de la quantité ou du poids des marchandises;

- ii) Déclaration de la nature ou de la valeur des marchandises;
- iii) Émission d'un reçu des marchandises;
- iv) Confirmation que les marchandises ont été chargées;
- b) i) Notification à une personne des conditions du contrat
- ii) Communication d'instructions à un transporteur;
- c) i) Demande de livraison des marchandises;
- ii) Autorisation donnée pour la remise des marchandises;
- iii) Notification de la perte ou de l'endommagement des marchandises;
- d) Communication de toute autre notification dans le cadre de l'exécution du contrat;
- e) Engagement, irrévocable ou non, à livrer les marchandises à une personne désignée ou à une personne autorisée à demander la livraison;
- f) Octroi, acquisition, remise, transfert ou négociation des droits sur les marchandises ou renonciation à ces droits;
- g) Acquisition ou transfert de droits et obligations en vertu du contrat.

2. Lorsqu'une règle de droit exige que tout acte visé au paragraphe 1 soit exécuté par écrit ou au moyen d'un document papier, ou prévoit certaines conséquences s'il ne l'est pas, cette exigence est satisfaite si l'acte est exécuté au moyen d'un ou plusieurs messages de données.

3. Lorsqu'un ou plusieurs messages de données sont utilisés pour exécuter les actes visés aux alinéas *f*) et *g*) du paragraphe 1 du présent article, aucun document papier utilisé pour exécuter de tels actes n'est valide, à moins que l'utilisation de messages de données n'ait été abandonnée et remplacée par l'utilisation de documents papier. Une telle substitution n'a pas d'effet sur les droits des parties intéressées et ne les libère pas de leurs obligations.

4. Si un droit doit être accordé à une personne et aucune autre, ou si une obligation doit être acquise par cette personne et aucune autre, et si une règle de droit exige à cette fin que le droit ou l'obligation soit transmis à cette personne par le transfert ou l'utilisation d'un document papier, cette exigence est satisfaite si le droit ou l'obligation est transmis par tout moyen incluant l'utilisation d'un ou plusieurs messages de données, à condition que soit utilisée une méthode permettant de garantir de manière fiable que le droit ou l'obligation incombe à la personne visée et à aucune autre personne.

5. Si une question est soulevée quant au point de savoir si les conditions énoncées au paragraphe 3 du présent article ont été satisfaites, la norme de fiabilité requise doit être appréciée compte tenu de la fin pour laquelle le droit ou l'obligation a été transmis et de toutes les circonstances, y compris toute convention entre les parties.

6. Si une règle de droit est impérativement applicable à un contrat de transport de marchandises qui figure dans un document papier, ou est constaté par lui, cette règle n'est pas rendue inapplicable à un contrat de transport de marchandises constaté par un ou plusieurs messages de données du fait que le contrat est constaté par de tels messages et non par un document papier.

7. Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas dans les situations suivantes : [...]"

Champ d'application du projet d'article x

140. Il a été noté que le transport de marchandises était le domaine où l'utilisation des communications électroniques était la plus probable et où il était le plus urgent de mettre en place un encadrement juridique pour organiser ce type d'échanges. On a également fait remarquer que le projet d'article à l'examen contenait des dispositions qui s'appliquaient aussi bien aux documents de transport négociables qu'au transfert de droits sur les marchandises au moyen de connaissements maritimes cessibles. D'une manière générale, la Commission a estimé qu'il fallait dire clairement que les principes consacrés dans cet article s'appliquaient non seulement au transport maritime mais aussi au transport des marchandises par d'autres moyens, comme la route, le chemin de fer ou les systèmes multimodaux.

Relation entre le projet d'article x et les autres dispositions du projet de Loi type

141. On a fait observer que le projet d'article x posait des règles relativement précises, à comparer aux règles générales figurant dans la première partie de la Loi type, et que la Commission devait se prononcer sur la place où cet article devait apparaître dans le texte. On a rappelé à ce propos que le Groupe de travail avait examiné plusieurs propositions tendant à marquer, par la structure même du texte, que la Loi type associait des règles d'application générale à des dispositions visant expressément les documents de transport et à d'autres dispositions particulières qui seraient éventuellement ajoutées par la suite. Le Groupe de travail avait décidé de faire figurer à part le projet d'article x, dans ce qui serait une deuxième partie distincte.

142. Il a été proposé de faire du projet d'article x une annexe à la Loi type. Cela présenterait l'avantage qu'il serait plus facile d'y ajouter les autres dispositions particulières qui seraient peut-être mises au point plus tard. Cependant, cette proposition laissait craindre que l'on n'en vienne involontairement à douter de la valeur juridique de l'article, tant du point de vue de sa pertinence pour le reste de la Loi type qu'à cause de l'accueil que lui avait réservé la Commission. D'autre part, si la Commission souhaitait conserver la possibilité d'ajouter plus tard d'autres dispositions particulières, il serait préférable, pour des raisons de construction, de diviser la Loi type en deux parties (par exemple "Considérations générales" et "Considérations particulières") divisées chacune en plusieurs chapitres.

143. Après en avoir débattu, la Commission a décidé que le projet d'article x figurerait dans le texte de la loi même, sous une forme répondant à la fois à la nature particulière des dispositions touchant les documents de transport et au statut juridique de ces dispositions, lequel devait être le même que celui des dispositions générales figurant aux chapitres premier à III. Il a été décidé que le projet d'article x constituerait le chapitre premier de la partie II. Cette structure rendrait plus facile, le cas échéant, l'adjonction de nouvelles dispositions particulières, sous forme de chapitres supplémentaires venant compléter la partie II. Il est apparu enfin qu'il faudrait expliquer dans le Guide les relations entre le projet d'article x et les autres dispositions de la Loi type.

144. Pour ce qui est de l'économie du projet d'article x lui-même, les membres se sont accordés à penser que les dispositions considérées, qui constitueraient l'intégralité du chapitre premier de la partie II, devaient dans toute la mesure possible se répartir en plusieurs articles. Non seulement cette présentation les rendrait plus facilement intelligibles, mais elle rétablirait aussi la symétrie avec les autres chapitres, tous composés de plus d'un article. La question a été renvoyée au groupe de rédaction.

Paragraphe 1

145. On s'est demandé si l'adoption de règles spéciales pour les documents de transport ne risquait pas de donner à penser que ceux-ci échappaient aux autres dispositions de la Loi type. Ainsi, certaines juridictions ne voudraient peut-être pas donner effet aux dispositions de l'article x sur le transfert des droits sur les marchandises, si elles n'étaient pas assurées que les garanties de fiabilité et d'authenticité visées aux articles 6 et 7 de la Loi type valaient aussi pour les équivalents électroniques des documents de transport. La conclusion générale a été que le projet d'article x ne limitait ni ne restreignait en aucune façon le champ d'application des autres dispositions de la Loi type, et qu'il avait pour objet de régler les cas particuliers où ces autres dispositions générales avaient à s'appliquer dans le contexte des documents de transport.

146. Après délibération, la Commission a décidé d'ajouter au paragraphe 1 de l'article x une clause expliquant clairement que les dispositions générales de la première partie de la Loi type s'appliquaient aussi à la matière réglée par le projet d'article x, et de prévoir dans le Guide une note explicative à cet effet. La question a été renvoyée au groupe de rédaction.

147. Pour des raisons de clarté, la Commission a décidé d'ajouter "ou déclaration" après le mot "notification" à l'alinéa d) du paragraphe 1. Elle a décidé aussi de supprimer l'expression "irrévocable ou non" qui figurait à l'alinéa e). Ce terme, prévu à l'origine à titre indicatif, a paru inutile car la règle fixée dans cet alinéa en question était assez large pour couvrir tous les engagements, qu'ils soient irrévocables ou non.

Paragraphe 2

148. Diverses opinions ont été émises et diverses propositions faites à propos de la teneur et du libellé du paragraphe 2. Ainsi, on a fait observer que l'expression "ou prévoit certaines conséquences s'il ne l'est pas" avait été ajoutée au paragraphe pour régler le cas où, bien que la loi n'exige pas que l'information soit par écrit, une règle de droit prévoit certaines conséquences si cette information est volontairement mise par écrit. Ainsi encore, le libellé adopté par le Groupe de travail risquait de ne pas régler nettement le point de savoir si, dans le cas que l'on vient de mentionner, un message de données doit être considéré comme l'équivalent fonctionnel d'un document papier. D'une manière générale, il a semblé que le paragraphe 2 devait être remanié de manière à lui faire dire clairement que les messages de données seraient considérés comme équivalant aux documents papier à la fois dans les cas où la loi exigeait certains documents particuliers et dans les cas où les parties pouvaient librement choisir d'exécuter un acte quelconque par d'autres moyens que l'écrit, mais en s'exposant alors à certaines conséquences négatives. Il a été proposé de faire disparaître l'expression "ou prévoit certaines conséquences s'il ne l'est pas", et d'ajouter une deuxième phrase exprimant l'idée suivante :

"Le présent paragraphe s'applique que l'exigence qui y est visée ait la forme d'une obligation ou qu'elle conditionne la validité, l'effet juridique ou la force exécutoire de l'acte considéré."

On a fait remarquer à ce propos que les articles 5, 6 et 7 du projet de Loi type présentaient la même structure que le paragraphe 2. (Pour le compte rendu de la suite du débat concernant les articles 5, 6 et 7, se reporter au paragraphe 181 ci-après.) La conclusion générale a été que la question était de pure forme et qu'il fallait la renvoyer au groupe de rédaction, avec ce qui restait du paragraphe 2, jugé en général acceptable.

Paragraphe 3

149. On a rappelé à la Commission les débats que le Groupe de travail avait consacrés au problème soulevé par le fait qu'un écrit et un message de données pouvaient être utilisés simultanément pour le même contrat de transport. On a fait observer que le paragraphe 3 visait à régler ce point en laissant aux parties la faculté d'abandonner l'échange de messages de données pour en revenir aux transactions par écrit si les circonstances les y engageaient. La nécessité d'une disposition comme le paragraphe 3 a été mise en question, car ce paragraphe semblait imposer une règle d'exclusivité, et donc porter atteinte à l'autonomie des parties. Il a été répondu que le paragraphe 3 était le complément nécessaire de la garantie d'unicité fixée au paragraphe 4. La sécurité était une considération dominante, il était indispensable non seulement de veiller à ce qu'une méthode garantisse avec une certitude raisonnable que le même message de données n'existait pas en plusieurs exemplaires, mais aussi d'empêcher que deux moyens différents ne soient utilisés simultanément pour la même fin. Le paragraphe 4 ne résolvait pas directement ce problème. Il a été proposé, pour rendre manifeste la complémentarité du paragraphe 3 et du paragraphe 4, d'inverser l'ordre de ces deux dispositions.

150. D'une manière générale, la Commission a jugé utile le paragraphe 3, qui répondait à la nécessité fondamentale d'éviter la duplication des documents de transport. On pouvait constater à ce propos que l'utilisation de plusieurs moyens de communication pour des fins différentes (par exemple, l'écrit pour les messages de service et l'informatique pour les connaissements) ne posait aucun problème. Cela dit, il n'en était pas moins indispensable, dans le cas d'un système reposant sur les équivalents électroniques des connaissements, d'éviter que les mêmes droits puissent être consacrés à la fois et au même moment dans un message de données et dans un document papier.

151. Le paragraphe 3 avait également cet avantage qu'il visait le cas où une partie, après avoir accepté de procéder par voie électronique, doit en revenir aux communications par écrit parce qu'elle ne peut plus utiliser les communications électroniques. Diverses opinions ont été émises sur les conditions dans lesquelles il pouvait être décidé d'en "revenir" ainsi au papier. Selon l'une d'elles, puisque l'EDI procède d'ordinaire sur la base de l'accord entre les parties, la décision d'utiliser à nouveau l'écrit devait être soumise à l'assentiment de toutes les parties intéressées. Sinon, l'expéditeur aurait la faculté de choisir unilatéralement le moyen de communication. Selon une autre opinion, une règle semblable à celle que fixait le paragraphe 3 devait être appliquée par le titulaire d'un connaissance, et c'était à celui-ci de choisir d'exercer ses droits sur la base du document papier ou sur la base de son équivalent électronique, en prenant à sa charge le coût de sa décision.

152. Pour répondre à certaines des inquiétudes exprimées au cours du débat sur le paragraphe 3, le texte suivant a été proposé à l'examen de la Commission :

"3. Lorsqu'un ou plusieurs messages de données sont utilisés pour exécuter les actes visés aux alinéas *f*) et *g*) du paragraphe 1, et qu'un document papier est par la suite utilisé pour exécuter de tels actes, aucun document papier n'est valide aux fins des règles de droit mentionnées au paragraphe 4 du présent article, à moins :

a) Que l'utilisation des messages de données à cette fin ait cessé d'être valable entre la personne soumise à l'obligation de livrer et le détenteur du droit acquis au moyen d'un message de données; et

b) Que le document papier contienne une déclaration selon laquelle les messages de données ne peuvent plus être valablement utilisés à cette fin à la place des documents papier.

Le remplacement d'un message de données par un document papier dans ces conditions est sans effet sur les obligations ou les droits existants."

153. Les membres qui ont proposé le texte ci-dessus ont expliqué que l'alinéa *a)* avait été ajouté au texte d'origine pour bien faire comprendre que la règle qu'il fixait était censée viser la personne soumise à l'obligation de livrer les marchandises et le détenteur du droit sur ces marchandises, et non aux autres parties au contrat de transport et à la transaction sous-jacente à ce contrat. L'alinéa *b)* avait été ajouté pour fixer l'obligation d'aviser les parties intéressées pouvant intervenir à l'avenir qu'il y avait eu échange de messages de données avant que l'expéditeur et le destinataire n'échangent des documents papier. La teneur et le libellé de cette proposition ont soulevé un certain nombre d'objections. Par exemple, l'alinéa *b)* empêcherait les parties d'utiliser à nouveau les messages de données une fois qu'elles en seraient "revenues" à l'écrit. Selon une autre objection, subordonner la validité d'un connaissance à la présence d'une déclaration revenait en fait à porter préjudice au détenteur actuel si le détenteur précédent n'avait pas, intentionnellement ou non, fait figurer la déclaration en question dans le connaissance.

154. Le libellé suivant a également été proposé pour le paragraphe 3 :

"3. Lorsqu'un ou plusieurs messages de données sont utilisés pour exécuter les actes visés aux alinéas *f*) et *g*) du paragraphe 1 du présent article, et qu'un document papier est utilisé par la suite pour exécuter de tels actes, aucun document papier n'est valide à moins que l'utilisation de messages de données n'ait été abandonnée et que le document en question mentionne le fait que l'utilisation des messages de données a été remplacée par l'utilisation des documents papier. Une telle substitution n'a pas d'effet sur les droits des parties intéressées et ne les libère pas de leurs obligations."

155. Cette proposition n'a pas bénéficié d'un appui suffisant. Après en avoir débattu, les membres se sont accordés à juger la nouvelle disposition très proche en fait du paragraphe 3 original, et à estimer que c'était sur celui-ci qu'il valait mieux faire porter l'analyse. Pour que les tiers soient dûment avisés de l'existence de messages de données échangés antérieurement, ce que la Commission jugeait souhaitable, il a été convenu d'ajouter à la première phrase du paragraphe 3 la clause suivante empruntée aux Règles du CMI relatives aux connaissances électroniques :

"Un tel abandon doit être indiqué dans tout document papier."

156. La Commission a jugé qu'avec cette nouvelle phrase, le paragraphe 3 était acceptable au fond, et elle en a renvoyé le libellé au groupe de rédaction. Elle a également prié celui-ci d'examiner la question de la place du paragraphe 3.

Paragraphe 4

157. On s'est accordé à penser que ce paragraphe était la disposition clef de l'article. Il visait en effet à faire en sorte qu'un droit ne puisse être transmis qu'à une seule personne et qu'il ne soit pas possible à plus d'une personne de le revendiquer à quelque moment que ce soit. Ainsi, le paragraphe a pour effet de poser une exigence communément exprimée par les termes "garantie d'unicité".

158. Une objection a été soulevée à propos des termes "une personne et aucune autre". On a fait observer que ces termes pouvaient être interprétés comme excluant les cas de possession conjointe de droits sur les marchandises par plus d'une personne. On a fait observer toutefois que le mot "personne" dans le texte en question n'exclurait pas nécessairement l'existence de destinataires multiples, s'il y avait accord entre toutes les parties sur ce point. On a fait remarquer en outre que le mot "personne" était employé, par exemple, à l'article 15 de la Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux, sans connotation limitative. On a estimé que, pour éviter des malentendus quant au sens de l'expression susmentionnée, il faudrait inclure dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type un commentaire expliquant que la référence à "une personne" n'exclut pas la possession conjointe de droits sur les marchandises ou d'autres droits matérialisés dans un connaissance.

159. La Commission a examiné la méthode à employer pour garantir de manière fiable, comme l'exige le paragraphe 3, que "le droit ou l'obligation incombe à la personne visée et aucune autre personne". On a fait observer que cette disposition visait essentiellement à stipuler que les moyens employés pour transférer un droit ou acquérir une obligation, selon le cas, doivent être suffisamment fiables de façon à exclure, dans des limites raisonnables, la possibilité que le droit ou l'obligation soient aussi transférés à d'autres personnes ou acquis par d'autres personnes. S'agissant de la forme, on a exprimé l'opinion selon laquelle le libellé retenu pour le paragraphe 4 n'exprimait pas de façon satisfaisante l'idée maîtresse dont s'inspirait cette disposition, car la "méthode" en elle-même ne pouvait "garantir de manière fiable" le résultat souhaité.

160. Plusieurs propositions ont été faites pour préciser la portée du paragraphe 4 et en améliorer le libellé. L'une d'elles consistait à modifier la fin du paragraphe en retenant le texte suivant : "à condition que la méthode utilisée pour transmettre le droit ou l'obligation soit suffisamment fiable, de sorte que la personne visée et aucune autre personne soit désignée comme étant celle à qui incombe le droit ou l'obligation ainsi transmis". Une autre proposition consistait à supprimer cette clause pour la remplacer par le membre de phrase suivant : "à condition que soit utilisée une méthode permettant de garantir de manière fiable que le droit ou l'obligation sont dévolus à la personne visée et à aucune autre personne". À la suite d'un échange de vues, ces propositions ont été regroupées et le texte suivant a été soumis à la Commission :

"Si, en vertu d'un contrat de transport, un droit doit être accordé à une personne et aucune autre ou une obligation doit être acquise par une personne et aucune autre, et si une règle de droit exige à cette fin que le droit ou l'obligation soient transmis à cette personne par le transfert ou l'utilisation d'un document papier, cette exigence est satisfaite si le droit ou l'obligation sont transmis par tout moyen incluant l'utilisation d'un ou plusieurs messages de données, à condition que soit utilisée une méthode permettant de garantir de manière fiable que le droit ou l'obligation sont dévolus à la personne visée et à aucune autre personne."

161. La Commission a poursuivi ses échanges de vues sur la base de la nouvelle proposition. S'agissant de la forme, on est convenu qu'il fallait supprimer les termes "en vertu d'un contrat de transport" car ils réaffirmaient inutilement le champ d'application de l'article. Il a aussi été décidé de supprimer les termes "tout moyen incluant", qui faisaient double emploi. S'agissant du fond, la discussion a essentiellement porté sur la disposition finale du texte proposé. De l'avis général, son libellé ne permettait pas de résoudre les difficultés que posait le texte initial du paragraphe 4. On a exprimé l'avis selon lequel le paragraphe 4, tel qu'il avait été adopté par le Groupe de travail, et le nouveau texte que l'on venait de proposer étaient défectueux du point de vue de la logique car ils rendaient la validité du transfert d'un droit tributaire de l'utilisation d'une méthode propre à assurer que

le droit a été transféré à une certaine personne. Pour sortir de ce cercle vicieux, il a été proposé d'évoquer, dans la dernière partie du paragraphe 4, non les conséquences juridiques éventuelles de la communication (c'est-à-dire le transfert d'un droit), mais un fait (par exemple, la garantie d'unicité du message). On s'est accordé à penser, à cet égard, que les difficultés que posait le libellé actuel du paragraphe 4 seraient probablement résolues en établissant un lien entre la notion de "garantie fiable" et les situations concrètes que cette disposition visait à éviter, à savoir les cas où des messages multiples seraient adressés à différents destinataires dans le but de transmettre le même droit ou de créer la même obligation.

162. Il a été suggéré de remplacer la disposition finale du paragraphe 3 par les termes suivants : "à condition que soit utilisée une méthode permettant de garantir de manière fiable qu'aucun autre message de données n'a été ou ne puisse être utilisé par l'auteur du transfert aux fins du transfert du droit ou de l'obligation à plus d'une personne, à quelque moment que ce soit". Une autre proposition consistait, dans le même but, à remplacer les mots "le droit ou l'obligation soit conféré à la personne visée et à aucune autre personne" par un membre de phrase tel que "ces messages de données soient uniques".

163. Après un échange de vues, la Commission a reconnu qu'il était nécessaire de modifier la fin du paragraphe 3, comme on l'avait proposé. Pour alléger le texte, il a été décidé de retenir de préférence un membre de phrase tel que "ces messages de données soient uniques". La question a été renvoyée au groupe de rédaction.

Paragraphe 5

164. S'agissant du domaine d'application spécifique de l'article x, il a été proposé d'ajouter les termes "au contrat de transport" après les termes "les parties" au paragraphe 5. Toutefois, on a considéré que cette proposition était trop restrictive et ne concordait pas avec le paragraphe 1, où sont énumérés des actes qui ne seraient pas nécessairement exécutés par les parties proprement dites au contrat de transport mais pouvaient l'être aussi par d'autres participants au processus de transport et à des opérations connexes.

165. Sur le plan de la forme, on a estimé que les termes "[s]i une question est soulevée quant au point de savoir si" semblaient exiger qu'une question soit effectivement soulevée pour que la disposition relative à l'appréciation de la norme de fiabilité prévue dans ce paragraphe soit appliquée. On a considéré que, d'une manière générale, ce membre de phrase n'était pas clair et il a été décidé de le remplacer par les termes "[a]ux fins du paragraphe 4".

166. Après un échange de vues, la Commission a jugé le paragraphe 5 généralement acceptable quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Paragraphe 6

167. On a rappelé que le paragraphe 6 avait pour objet de traiter directement de l'application de certaines lois aux contrats de transport de marchandises par mer. Par exemple, en vertu des Règles de La Haye et des Règles de La Haye-Visby, un contrat de transport était un contrat constaté par un connaissement. L'utilisation d'un connaissement ou d'un titre représentatif similaire entraînait l'application impérative des Règles de La Haye et des Règles de La Haye-Visby à un contrat de transport. Il a été noté qu'à présent, ces règles ne seraient pas applicables automatiquement aux contrats constatés par un ou plusieurs messages de données. Il fallait donc inclure une disposition telle que le paragraphe 6 pour garantir que l'application de ces règles ne serait pas exclue du seul fait de l'utilisation de messages de données au lieu d'un connaissement établi sur papier.

168. On s'est accordé à reconnaître qu'il était nécessaire d'établir clairement l'applicabilité à un contrat de transport figurant dans un message de données ou constaté par un tel message, des règles de droit qui auraient été applicables à ce même contrat s'il avait figuré dans un connaissement établi sur papier ou avait été constaté par lui.

169. On s'est demandé si l'objectif visé au paragraphe 6 n'était pas déjà atteint grâce au paragraphe 2 où il était stipulé que, lorsqu'une règle de droit exigeait que tout acte visé au paragraphe 1 soit exécuté par écrit ou au moyen d'un document papier, cette exigence était satisfaite s'il avait été exécuté au moyen d'un ou plusieurs messages de données. On a répondu à cela que si le paragraphe 2 garantissait que les messages de données constitueraient un moyen efficace d'exécuter l'un quelconque des actes énumérés au paragraphe 1, cette

disposition ne traitait pas des règles de droit substantielles pouvant être applicables à un contrat contenu dans des messages de données ou constaté par eux.

170. Les participants ont procédé à un échange de vues sur la signification des termes "cette règle n'est pas rendue inapplicable", au paragraphe 6. Il a été avancé que l'on pourrait rendre la même idée plus simplement en disposant que les règles applicables à un contrat de transport constaté par des documents papier sont également applicables aux contrats de transport constatés par des messages de données. Il a été répondu qu'étant donné le vaste champ d'application du projet d'article x, englobant non seulement les connaissements, mais aussi divers autres documents de transport, une telle disposition simplifiée risquerait d'avoir pour effet — non souhaité — d'élargir l'applicabilité de règles telles que les Règles de Hambourg et les Règles de La Haye-Visby à des contrats auxquels ces règles n'étaient pas censées s'appliquer. Pour ce qui est de l'ajout proposé au projet d'article x, il importait de surmonter l'obstacle tenant au fait que les Règles de La Haye-Visby et d'autres règles impérativement applicables aux connaissements ne s'appliqueraient pas automatiquement aux contrats de transport constatés par des messages de données sans que cela n'entraîne, ce qui n'était pas souhaité, une extension de l'application de ces règles à d'autres types de contrats.

171. Le libellé du paragraphe 6 a été jugé difficile à comprendre et la Commission a examiné un certain nombre d'autres formulations possibles. Il a été décidé, dans un souci de clarté, de supprimer le terme "rendue" avant le mot "inapplicable". Quant au reste de la disposition, on s'est accordé à penser que la teneur du paragraphe 6 reflétait adéquatement la position de la Commission. On a aussi estimé que les efforts visant à simplifier le libellé, aussi louable que soit cet objectif, ne se traduiraient sans doute pas par une amélioration réelle du texte. À la suite d'un échange de vues, la Commission a estimé que le texte modifié du paragraphe 6 était généralement acceptable et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Paragraphe 7

172. La Commission a jugé le paragraphe 7 généralement acceptable quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

C. Autres considérations concernant le projet de Loi type

173. La Commission a procédé à un débat sur les questions que soulevaient le titre de la Loi type et les articles premier et 3 à 11, questions sur lesquelles elle avait décidé à sa vingt-huitième session de différer sa décision. Il a semblé également qu'il serait opportun d'apporter certaines modifications au texte des articles premier et 3 à 11 en conséquence de l'adoption des articles 2 et 12 à 17. Sous réserve des décisions dont il est rendu compte ci-après, la Commission a approuvé les articles premier et 3 à 11, qu'elle a renvoyés au groupe de rédaction pour un ultime examen.

1. Titre du projet de Loi type

174. La Commission s'est souvenu qu'à sa vingt-huitième session, elle avait différé sa décision sur le titre de la Loi type et résolu d'y revenir quand elle aurait achevé l'examen des projets d'articles premier et 2¹¹.

175. Il a semblé que le titre de la Loi type ("Projet de Loi type de la CNUDCI sur certains aspects juridiques de l'échange de données informatisées (EDI) et des moyens connexes de communication") était trop long et qu'il ne disait pas assez clairement quel était le contenu du texte. Les termes mêmes utilisés dans le titre ont également inspiré un certain nombre de réserves. Ainsi, l'expression "Loi type [...] sur certains aspects juridiques" a été jugée pléonastique, et trop vague d'ailleurs pour qualifier un texte législatif. Cette même expression semblait aussi donner la fausse impression que le texte portait sur toute question juridique pouvant avoir un rapport avec l'EDI. On a jugé que le membre de phrase "échange de données informatisées et moyens connexes de communication" ne convenait pas. Quant au terme "moyens connexes de communication", il était trop vague pour avoir un sens précis dans le contexte d'un titre, et le fait de mettre l'EDI en avant risquait de faire conclure à tort que la Loi type ne concernait qu'un petit nombre de techniques de communication informatisée

¹¹*Ibid.*, par. 212.

à la pointe de l'automatisation. Ainsi qu'il était formulé, le titre ne traduisait pas l'idée que la Loi type portait en fait sur des activités allant au-delà de l'EDI, comme l'indiquait clairement l'alinéa a) de l'article 2.

176. Il a été proposé de choisir pour titre "Loi type sur le commerce électronique". Il a été rappelé que cette proposition avait déjà été présentée à la vingt-huitième session, mais qu'elle avait été repoussée essentiellement parce qu'elle soulevait le problème du champ d'application du projet¹². On avait craint qu'un tel titre ne fût compris à tort comme limitant le texte aux activités commerciales, alors que l'intention était d'autoriser les États à appliquer la Loi type à une gamme d'activités plus large dans lesquelles les techniques modernes de communication étaient utilisées.

177. La Commission a réaffirmé que la Loi type n'était pas nécessairement bornée au domaine du commerce, et il lui a semblé d'une manière générale, à la lumière des progrès les plus récents, que l'expression "commerce électronique" était largement entrée dans l'usage pour désigner des activités fort diverses qui avaient en commun l'utilisation des télécommunications, et qu'elle pouvait recouvrir des techniques aussi variées que le courrier électronique, transmis avec ou sans l'aide d'infrastructures comme Internet, l'EDI, la télécopie et le télex. On a fait en outre observer que la notion de "commerce électronique" s'était généralisée au point de s'étendre à l'utilisation des moyens modernes de communication non seulement dans le domaine du commerce mais encore dans d'autres sphères d'activité. D'une manière générale, la Commission a considéré que parler de "commerce électronique" était la seule façon de désigner avec assez de précision dans un titre court les techniques de communication et de conservation fort diverses que couvrait la Loi type. Après débat, la Commission a adopté le nouveau titre.

*2. Note **** de l'article premier*

178. La Commission avait adopté à sa vingt-huitième session la note **** de l'article premier ("Champ d'application"), qui proposait au choix deux expressions placées entre crochets. Cette note se lisait comme suit :

**** La Commission propose le texte suivant aux États qui souhaiteraient étendre l'application de la présente loi :

La présente loi s'applique à tout type d'information revêtant la forme d'un message de données [utilisé dans le contexte d...] [, sauf dans les situations suivantes : ...]."

179. La Commission a adopté la deuxième de ces expressions et le texte retenu se lit donc : "La présente loi s'applique à tout type d'information revêtant la forme d'un message de données, sauf dans les situations suivantes : [...]." La première expression a été repoussée parce qu'en énumérant les domaines d'application de la loi, le législateur risquait de laisser involontairement de côté des domaines qui devaient tomber sous le coup de la législation uniforme. Le texte adopté a été renvoyé au groupe de rédaction.

3. Paragraphe 1 des articles 5, 6 et 7

180. On s'est demandé ce que donnerait dans la pratique l'expression par laquelle commençait le paragraphe 1 des articles 5, 6 et 7, tels qu'ils avaient été adoptés à la vingt-huitième session. Ainsi, le paragraphe 1 de l'article 5 ("Écrit") se lisait comme suit :

"1. Lorsqu'une règle de droit exige qu'une information soit par écrit ou soit présentée par écrit, ou prévoit certaines conséquences si elle ne l'est pas, un message de données est conforme à cette exigence si cette information est accessible de manière à pouvoir être consultée ultérieurement."

Le paragraphe 1 de l'article 6 ("Signature") se lisait comme suit :

"1. Lorsqu'une règle de droit exige une signature ou prévoit certaines conséquences en l'absence d'une signature, cette exigence est satisfaite dans le cas d'un message de données :

¹²*Ibid.*, par. 211.

a) Si une méthode est utilisée pour identifier l'initiateur du message de données et pour indiquer que cette personne approuve l'information qu'il contient; et

b) Si cette méthode est aussi fiable que cela était approprié au vu de l'objet pour lequel le message de données a été créé ou communiqué, compte tenu de toutes les circonstances, y compris tout accord entre l'initiateur et le destinataire du message de données."

Le paragraphe 1 de l'article 7 ("Original") se lisait comme suit :

"1. Lorsqu'une règle de droit exige qu'une information soit présentée ou soit conservée sous sa forme originale ou prévoit certaines conséquences si elle ne l'est pas, un message de données est conforme à cette exigence :

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

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

181. Ces paragraphes présentaient une structure commune en ce qu'ils évoquaient une "règle de droit" "prévoyant certaines conséquences" si le document papier correspondant "n'était pas" présenté, "cette exigence étant satisfaite" par un message de données. La formule adoptée risquait de ne pas trancher sans équivoque le point de savoir si, selon cette structure, un message de données pouvait dans tous les cas être considéré comme l'équivalent fonctionnel d'un document papier. D'une manière générale, il a semblé que les paragraphes en question devaient être remaniés, de manière à leur faire dire clairement que les messages de données seraient considérés comme équivalant aux documents papier lorsque la loi exigeait certains documents précis et lorsque les parties avaient la faculté d'exécuter un acte autrement que par écrit mais en s'exposant alors à certains inconvénients. La révision des dispositions en cause a été renvoyée au groupe de rédaction.

4. La notion d'"initiateur" figurant au paragraphe 1 de l'article 6

182. Selon un certain point de vue, le terme "initiateur" figurant au paragraphe 1 de l'article 6 ("Signature") restreignait indûment la portée de cet article. Tel qu'il était rédigé, celui-ci posait le principe de l'équivalence fonctionnelle dans le cas de la signature écrite de l'expéditeur d'un message mais non dans celui de la signature des autres personnes dont pouvait être revêtu un document papier. Dans le cas, par exemple, d'un document signé par l'expéditeur et endossé ultérieurement par un tiers, l'article 6 ne prévoyait pas explicitement qu'un message de données pouvait être l'équivalent fonctionnel de cet endossement. Il a été convenu de remplacer l'"initiateur" par la mention de la personne dont la signature était exigée. La révision de l'article a été confiée au groupe de rédaction.

5. Interprétation des contrats

183. On a rappelé qu'à sa vingt-huitième session, en 1995, la Commission avait examiné sans prendre de décision définitive la question de savoir s'il fallait prévoir une règle d'interprétation pour les cas où un contrat, notamment un contrat conclu avant l'entrée en vigueur de la Loi type, prévoirait l'obligation de produire certaines informations "par écrit", sans préciser de quel "écrit" il s'agissait¹³.

184. La Commission a jugé qu'il valait mieux laisser aux règles d'interprétation des dispositions adoptées sur le modèle de la Loi type, aux dispositions transitoires que l'État pourrait souhaiter adopter en s'inspirant de la Loi type et aux parties elles-mêmes le soin de régler la question de l'interprétation. En effet, si la Loi type prévoyait que l'obligation contractuelle de l'"écrit" pouvait être satisfaite par un message de données informatisées, cette disposition risquait de se substituer indûment à une entente entre les parties.

¹³*Ibid.*, par. 236.

6. La notion de "règle de droit" figurant dans les articles 5, 6, 7 et 9

185. La Commission s'est interrogée sur le sens du terme "règle de droit" qui figurait dans les articles 5, 6, 7 et 9. Elle a conclu qu'il fallait l'entendre comme couvrant le droit écrit, la jurisprudence, dans la mesure où elle est reconnue comme source de droit, et la coutume et la pratique, dans la mesure où elles sont intégrées dans le système juridique de l'État. Les opinions ont divergé quelque peu sur le point de savoir si la coutume et la pratique pouvaient être intégrées au droit d'un État par acte exprès d'incorporation, ou simplement par inférence ou interprétation. D'une manière générale cependant, on a jugé que les "règles de droit" au sens de la Loi type ne concernaient pas les domaines du droit qui n'avaient pas été réglés par le législateur et que l'on désignait parfois, avec une certaine imprécision, par des termes comme "droit commercial" ou "*lex mercatoria*".

186. Il a été rappelé que la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international posait aussi en son article 28 (par. 1) la notion de "règles de droit", mais qu'il avait été entendu d'une manière générale que cette notion couvrait aussi en l'espèce les formes juridiques qui ne faisaient pas partie de la législation nationale¹⁴.

187. Pour mieux exprimer cette idée, et éviter de donner au terme "règles de droit" des sens différents dans deux textes dont elle était l'auteur, la Commission a décidé de remplacer l'expression en cause par "la Loi" dans son projet. Le Guide expliquerait ce qu'elle entendait par là.

7. Place de l'article 10

188. À sa vingt-huitième session, la Commission s'était réservé la possibilité de revenir ultérieurement sur la question de la place de l'article 10 ("Dérogation conventionnelle")¹⁵. Comme elle avait aussi résolu de prévoir dans l'article en question deux paragraphes traitant de l'autonomie des parties dans le contexte des chapitres III et II, la Commission a décidé que l'article 10 devait passer du chapitre III au chapitre premier, qui regroupait les autres dispositions générales portant sur l'ensemble du texte. Le remaniement du paragraphe 1 a été renvoyé au groupe de rédaction.

8. Article 11

189. Sous réserve des décisions relatives aux paragraphes 2, 3 a) et 6 ci-dessous, la Commission a approuvé le fond de l'article 11 ("Attribution des messages de données") et en a renvoyé le libellé au groupe de rédaction.

Paragraphe 2

190. La Commission a retenu une proposition tendant à prévoir expressément au paragraphe 2 les situations dans lesquelles le message de données est créé et envoyé automatiquement par un logiciel fonctionnant sous l'autorité ou au nom de l'expéditeur.

Paragraphe 3 a)

191. La Commission s'est souvenu du débat qu'elle avait tenu à sa vingt-huitième session, en 1995, sur le sous-alinéa ii) de l'alinéa a) du paragraphe 3, et des graves préoccupations que cette disposition lui avait inspirées¹⁶. Ses inquiétudes se sont manifestées derechef. Il serait malencontreux, a-t-on souligné, de disposer que le destinataire serait fondé à considérer un message de données comme émanant de l'expéditeur putatif quand même celui-ci ne l'aurait jamais envoyé, ce qui serait par exemple le cas si le message était expédié

¹⁴Voir le rapport de la Commission sur les travaux de sa dix-huitième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarantième session, Supplément n° 17 (A/40/17)*, par. 232 et 233. (*Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, vol. XVI : 1985, première partie); voir aussi les comptes rendus analytiques de la 326^e séance (par. 34) et de la 327^e séance (par. 38) de la Commission (*Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, vol. XVI : 1985, troisième partie.)

¹⁵*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 17 (A/50/17)*, par. 274.

¹⁶*Ibid.*, par. 282 et 283.

frauduleusement par un usurpateur. Une telle disposition modifierait, sans justification véritable, le principe fondamental du droit des contrats qui veut que nul ne soit lié par les actes d'un usurpateur ou d'un agent non autorisé, à moins que des raisons particulières n'engagent à conclure autrement. Après débat, la Commission a décidé d'éliminer le sous-alinéa ii) de l'alinéa a) du paragraphe 3.

192. Il a été proposé d'ajouter à la fin du sous-alinéa i) du même alinéa le membre de phrase "et qui était raisonnable compte tenu des circonstances". Il s'agissait d'écarter le cas où le destinataire, agissant de mauvaise foi, peut tirer des conséquences d'un message alors même qu'il sait, ou devrait savoir, que celui-ci n'a pas été autorisé par l'expéditeur. Cette proposition n'a pas été retenue car il a semblé inutile que la Loi type sanctionne les actes de mauvaise foi prenant prétexte de la réception d'un message, cet ajout pouvant être interprété comme subordonnant l'entente des parties en matière d'authentification des messages à des circonstances vaguement qualifiées de "raisonnables".

193. On a fait observer que les modalités de vérification de l'origine des messages n'étaient pas nécessairement convenues directement entre l'expéditeur et le destinataire : elles pouvaient l'être aussi, d'une part, entre l'expéditeur et un tiers fournisseur de services et, d'autre part, entre ce tiers et le destinataire. Il était souhaitable de ne pas exclure du champ de l'alinéa a) du paragraphe 3 les conventions qui s'appliquaient non pas par accord direct entre l'expéditeur et le destinataire, mais par l'intervention d'un tiers fournisseur de services. La Commission a retenu cette proposition et demandé qu'elle figure soit dans la disposition considérée, soit dans le Guide. Il a également été proposé de préciser dans le Guide que l'alinéa a) du paragraphe 3 s'appliquait uniquement lorsque la communication d'expéditeur à destinataire procédait selon un accord intervenu antérieurement entre eux, et qu'il ne s'appliquait donc pas dans un contexte d'EDI "ouvert".

Paragraphe 6

194. Le fond du paragraphe 6 a été approuvé et les crochets qu'il contenait supprimés.

D. Rapport du groupe de rédaction

195. L'ensemble du texte du projet de Loi type a été soumis à un groupe de rédaction chargé d'appliquer les décisions de la Commission et de réviser le texte pour en assurer la cohérence et harmoniser les versions dans les diverses langues. À ses 604e et 605e séances, les 11 et 12 juin 1996, la Commission a étudié le rapport du groupe de rédaction.

196. Diverses opinions et réserves ont été exprimées au sujet des titres de la première et de la deuxième partie du projet de Loi type ainsi qu'à propos du titre du chapitre premier de la première partie. Le titre "Le commerce électronique en général", en particulier dans les langues autres que l'anglais, risquait d'être mal compris et d'être interprété comme le commerce de marchandises telles que le matériel ou le logiciel informatique. On a suggéré de remplacer le titre de la première partie par "Dispositions générales", tandis que le titre du chapitre premier serait modifié de façon à énumérer les titres des articles qui le composent. On a estimé généralement, cependant, que le terme "commerce électronique" devait être utilisé dans le titre de la première partie, ainsi que dans le titre de la Loi type elle-même, afin de décrire les divers types de techniques de communication et de stockage de données, traités dans les dispositions générales figurant dans la première partie de la Loi type. On a estimé aussi qu'il serait inapproprié, au chapitre premier, de s'écarter du titre "Dispositions générales" adopté pour des dispositions semblables dans d'autres textes de la CNUDCI, par exemple la Loi type sur les virements internationaux. Quant au titre de la deuxième partie, tel qu'il est présenté par le groupe de rédaction ("Aspects particuliers du commerce électronique"), la Commission a décidé que ce titre devait être remplacé par "Commerce électronique dans des domaines particuliers", afin de refléter la structure du titre de la première partie et de mieux appréhender la teneur de la deuxième partie.

197. S'agissant du paragraphe a) de l'article 2 (définitions des "messages de données"), la Commission a repris le débat sur la question de savoir si le texte de la définition devait faire référence à des moyens de communication "analogues" (voir par. 121 et 122 ci-dessus). On a estimé que faire figurer des explications relatives au mot "analogue" dans le Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type risquait de ne pas suffire à écarter le risque qu'il soit confondu avec une référence à l'information "analogique". Remplacer le mot "analogue" par le mot "similaire" ne serait pas entièrement satisfaisant mais poserait moins de difficultés

que le maintien du libellé de l'alinéa *a*) tel que déjà adopté. Après examen, la Commission a décidé de remplacer le mot "analogue" par le mot "similaire". Il a été convenu que le Guide préciserait que, dans ce contexte, le mot "similaire" renverrait à la notion d'"équivalent fonctionnel".

198. Tel que présenté par le groupe de rédaction, le nouvel article 17 ("Documents de transport") a suscité diverses réserves. Le paragraphe 5 de l'article 17 tel que présenté par le groupe de rédaction (correspondant au paragraphe 3 du projet d'article X approuvé par le Groupe de travail à sa vingt-huitième session) se lit comme suit :

"5. Lorsqu'un ou plusieurs messages de données sont utilisés pour exécuter les actes énoncés aux alinéas *f*) et *g*) du paragraphe 16, aucun document papier utilisé pour exécuter de tels actes n'est valide à moins que l'utilisation de messages de données n'ait été abandonnée et remplacée par l'utilisation de documents papier. Une telle substitution n'a pas d'effet sur les droits des parties intéressées et ne les libère pas de leurs obligations."

199. On a émis l'opinion que le terme "abandonnée" était trop général et peu clair. En particulier, le libellé de l'article ne permet pas de savoir qui "abandonne" l'utilisation de messages de données, si cet abandon est permanent, et quel est le champ de son application. On a fait valoir que le texte tel que rédigé n'était pas limité à l'usage de messages de données aux fins du transfert d'un droit ou d'une obligation particuliers. Même si l'article était interprété comme signifiant que l'utilisation de messages de données pour le transfert d'un droit ou d'une obligation particuliers avait été abandonnée, le paragraphe resterait équivoque sur la question de savoir s'il s'agit d'éviter qu'un message de données soit utilisé même quand un document papier a été remis à l'émetteur. On a suggéré que le paragraphe soit modifié pour préciser que le passage du message de données au document papier n'affecterait pas le droit de remettre le document papier à l'émetteur, et de commencer à nouveau à utiliser des messages de données. À cet effet, on a suggéré que la phrase suivante soit insérée dans le paragraphe :

"Rien dans le présent paragraphe n'affecte le droit de reprendre l'utilisation de messages de données aux fins de transférer un droit ou une obligation, à condition que tout document papier utilisé auparavant à cet effet ait d'abord été annulé."

200. On s'est déclaré favorable à l'inclusion du libellé proposé afin de préciser que le paragraphe 5, tout en traitant expressément de la situation où l'utilisation de messages de données, a été remplacée par l'utilisation d'un document papier, n'avait pas pour objet d'exclure la situation inverse. L'opinion générale était que le libellé adopté par le groupe de rédaction était suffisamment neutre à cet égard. Après discussion, la Commission a adopté le paragraphe tel que proposé par le groupe de rédaction et a accepté que des explications appropriées figurent dans le Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type.

201. Le paragraphe 3 de l'article 17 tel que présenté par le groupe de rédaction (correspondant au paragraphe 4 du projet d'article X tel qu'approuvé par le Groupe de travail à sa vingt-huitième session) se lit comme suit :

"3. Si un droit doit être accordé à une personne et à aucune autre, ou si une obligation doit être acquise par une personne et aucune autre, et si la loi exige à cette fin que le droit ou l'obligation soient transmis à l'intéressé par le transfert ou l'utilisation d'un document papier, cette exigence est satisfaite si le droit ou l'obligation en question sont transmis par un ou plusieurs messages de données, à condition qu'une méthode fiable soit utilisée pour rendre uniques le message ou les messages en question."

202. On a été d'avis que l'idée selon laquelle un message de données devait être "unique" était peu claire. D'un côté, a-t-on déclaré, tout message de données était nécessairement unique, même s'il était la reproduction d'un message de données antérieur, puisque chaque message de données différerait par la date de son envoi de tout message de données antérieur envoyé par la même personne. Si un message de données était envoyé à une personne différente, il était encore plus évidemment unique, même s'il pouvait constituer le transfert du même droit ou de la même obligation. Pourtant, seul le premier transfert serait authentique, les autres risquant d'être frauduleux. En revanche, si par "unique" on entend un message de données d'un caractère unique, ou un transfert de caractère unique, alors, dans ce sens, aucun message de données n'était unique, et aucun transfert au moyen de messages de données n'était unique. On a ainsi suggéré que l'unicité du message de données et l'unicité du transfert étaient des notions fausses aux fins de l'article 17. On a donc proposé de remplacer les mots actuels :

"à condition qu'une méthode fiable soit utilisée pour rendre uniques le message ou les messages en question" par les mots suivants : "à condition qu'une méthode fiable soit utilisée pour s'assurer que le message de données ayant pour but de transmettre un droit ou une obligation à une personne ne puisse être utilisé par cette personne ou au nom de cette personne d'une façon qui ne soit pas compatible avec tout autre message de données par lequel le droit ou l'obligation a été transféré par cette personne ou au nom de cette personne".

203. En réponse à cette réserve, on a fait observer que les notions d'"unicité" ou de "singularité" des documents de transport n'étaient pas inconnues des praticiens du droit des transports et des utilisateurs des documents de transport. On a estimé généralement cependant que la notion d'unicité, telle qu'utilisée au paragraphe 3, s'agissant des messages de données, devait être explicitée. Plutôt que de tenter de reformuler le texte du paragraphe 3, la Commission a estimé que la question pourrait être traitée par l'insertion d'explications appropriées dans le projet de guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type. On a de façon générale estimé que ces explications pourraient être fondées en partie sur le libellé de la proposition ci-dessus. Après examen, la Commission a adopté le texte du paragraphe 3 tel que présenté par le groupe de rédaction.

204. Sous réserve des modifications susmentionnées, la Commission a approuvé le texte du projet de Loi type présenté par le groupe de rédaction. Le texte de la Loi type, tel qu'adopté par la Commission, est reproduit à l'annexe I du présent rapport.

E. Projet de guide pour l'incorporation de la Loi type dans le droit interne

205. La Commission a examiné le projet de guide pour l'incorporation de la Loi type établi par le secrétariat (A/CN.9/426).

206. On s'est accordé à dire que le projet de guide reflétait fidèlement les discussions tenues et les décisions prises par la Commission et le Groupe de travail aux différentes étapes du processus qui avait abouti à l'adoption du projet de Loi type. L'économie générale du projet de guide a été jugé acceptable. Dans le souci d'en faciliter davantage la lecture, il a été décidé que les développements quelque peu longs sur l'historique et l'origine de la Loi type seraient renvoyés à la fin du document ou feraient peut-être l'objet d'une annexe. Il a également été décidé de faire précéder la présentation de la Loi type d'un "résumé" succinct de ladite loi dans la première partie du guide. Il a en outre été décidé que le texte du projet de guide serait réaménagé quant au fond et à la forme pour qu'il cadre avec l'économie de la Loi type telle qu'elle a été adoptée à la présente session. En particulier, on insérerait les mentions voulues dans les dispositions nouvellement adoptées touchant les manifestations de volonté et autres déclarations (voir par. 95 à 99 ci-dessus), et les documents de transport (voir par. 139 à 172 ci-dessus).

207. Quant à la teneur du guide, le texte de la présentation de la Loi type et des observations article par article établis par le secrétariat a été jugé acceptable sous réserve des modifications ci-après. Le secrétariat a été prié :

a) D'indiquer dans la partie du guide qui traite du champ d'application de la Loi type que, s'il était recommandé de regrouper les dispositions de la Loi type en un seul texte de loi, certains États pourraient juger bon d'en incorporer les dispositions dans plusieurs textes de loi, ainsi qu'il est dit dans la première partie du projet actuel (A/CN.9/426, par. 19 et 20);

b) De préciser dans le guide que la Commission surveillerait l'évolution sur le plan technique et commercial des faits qui avaient été à l'origine de la Loi type et qu'elle pourrait, si elle le jugeait souhaitable, décider d'ajouter de nouvelles dispositions dans la Loi type ou d'en modifier les dispositions actuelles;

c) De modifier, le cas échéant, l'expression "échange de données informatisées (EDI)" compte tenu de la décision prise de la supprimer du titre de la Loi type (voir par. 175 à 177 ci-dessus), et du sens restreint que l'article 2 de la Loi type donne à cette expression;

d) De revoir les dispositions du guide qui parlent d'exigences "minimum" établies par la Loi type, ces dispositions devant être modifiées de sorte qu'elles ne donnent pas à penser que les États sont invités à poser des exigences plus strictes que celles prévues dans la Loi type;

e) De préciser aux paragraphes 28 et 29 du projet de guide qui décrit la Loi type comme une loi "cadre", que celle-ci ne couvrirait pas tous les aspects du commerce électronique et de ne pas recommander aux États d'adopter des "règles techniques" touchant les matières réglées dans la Loi type, ce genre de règles risquant d'entamer la souplesse bénéfique des dispositions de la Loi type;

f) De préciser au paragraphe 34 du projet de guide que l'article 10 et la notion de "convention" qui y est employée, qui consacrait le principe de l'autonomie des parties, englobait les accords d'échange, les conditions générales établies par des réseaux de communications et les règles spécifiques pouvant être insérées dans de telles conditions générales pour régir des relations bilatérales entre des initiateurs et des destinataires de messages de données;

g) De réviser le paragraphe 39 et éventuellement d'autres paragraphes du projet de guide de manière à y refléter les vues de la Commission touchant l'application de la Loi type aux moyens de communication "sans support papier" et à préciser que, sauf dans la mesure spécifiée par la Loi type, celle-ci n'était pas censée modifier les règles traditionnelles concernant les communications sur support papier;

h) De souligner au paragraphe 55 et, peut-être dans les autres dispositions, que la Loi type avait pour objet de faciliter l'utilisation des moyens de communication électroniques sans nullement l'imposer;

i) De rectifier le paragraphe 78 du projet de guide comme suite à la décision prise au sujet de l'expression "règle de droit" (voir par. 185 à 187 ci-dessus).

208. À l'issue d'un débat, la Commission a demandé au secrétariat d'établir une version finale du guide pour l'incorporation de la Loi type qui reflète les discussions tenues et les décisions arrêtées à la présente session. La Commission a ordonné que la version finale du guide devant être établie par le secrétariat et le texte de la Loi type soient publiés en un seul document.

F. Adoption de la Loi type et recommandation

209. Après avoir examiné le texte du projet de Loi type, tel qu'il a été révisé par le groupe de rédaction¹⁷, la Commission a adopté la décision ci-après à sa 605e séance, le 12 juin 1996 :

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

Rappelant qu'aux termes de la résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale, en date du 17 décembre 1966, elle a 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, et particulièrement ceux des pays en développement, à un large développement du commerce international,

Notant que les opérations dans le commerce international s'effectuent de plus en plus par des échanges de données informatisées et d'autres moyens de communication appelés couramment 'commerce électronique', qui implique l'utilisation de supports autres que le papier pour la communication et le stockage d'informations,

Rappelant la recommandation relative à la valeur juridique des enregistrements informatiques qu'elle avait adoptée à sa dix-huitième session, en 1985, et le paragraphe 5 b) de la résolution 40/71 de l'Assemblée générale, en date du 11 décembre 1985, dans lequel l'Assemblée demandait aux gouvernements et aux organisations internationales de prendre des mesures, selon qu'il conviendrait, conformément à la recommandation de la Commission¹⁸, afin d'assurer la sécurité juridique dans le contexte de l'utilisation la plus large possible du traitement automatique de l'information dans le commerce international,

Considérant que l'adoption d'une Loi type facilitant le commerce électronique et rencontrant l'agrément d'États ayant des systèmes juridiques, sociaux et économiques différents, devrait contribuer au développement de relations économiques internationales harmonieuses,

¹⁷La table de correspondances ci-dessous met en regard les nouveaux numéros attribués aux dispositions de la loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique après adoption par la Commission, et les numéros des dispositions du projet de loi type sur certains aspects juridiques de l'échange de données informatisées (EDI) et des moyens connexes de communication, telles qu'elles avaient été soumises à la Commission.

Numéro de l'article dans la loi type	Numéro du projet d'article dans le texte présenté à la Commission	Numéro de l'article dans la loi type	Numéro du projet d'article dans le texte présenté à la Commission
1	1	11	13
2	2	12	Nouveau 13 bis
3	3	13	1
4	10	14 1) à 4)	121) à 4)
5	4	14 5) et 6)	12 5)
6 1) et 2)	5 1)	14 7)	Nouveau
2 3)	5 2)	15	14
7 1) et 2)	6 1)	16	X 1)
7 3)	6 2)	17 1) et 2)	X 2)
8 1) et 2)	7 1)	17 3)	X 4)
8 3)	7 2)	17 4)	X 5)
8 4)	7 3)	17 5)	X 3)
9	8	17 6)	X 6)
10	9	17 7)	X 7)

¹⁸Documents officiels de l'Assemblée générale, quarantième session, Supplément n° 17 (A/40/17), chap. VI, sect. B.

Convaincue que la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique aidera sensiblement tous les États à améliorer leur législation relative à l'utilisation de supports autres que le papier pour la communication et le stockage d'informations, et à élaborer une telle législation lorsqu'il n'en existe pas,

1. *Adopte* la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, telle qu'elle figure à l'annexe I du rapport sur les travaux de la présente session;

2. *Prie* le Secrétaire général de transmettre le texte de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, ainsi que le Guide pour l'incorporation de la Loi type dans le droit interne établi par le secrétariat, aux gouvernements et aux autres organes intéressés;

3. *Recommande* à tous les États, étant donné la nécessité d'uniformiser les lois relatives à l'utilisation de supports autres que le papier pour la communication et le stockage d'informations, de s'inspirer de préférence de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce informatique lorsqu'ils promulguent ou révisent leur législation en la matière."

G. Travaux futurs

1. Travaux futurs sur les questions relatives au droit des transports

210. On a proposé que la Commission inscrive à son programme de travail l'examen des pratiques actuelles et des lois en vigueur dans le domaine du transport international de marchandises par mer, en vue de déterminer s'il était nécessaire d'établir des règles uniformes dans un domaine où il n'en existait pas, de manière à parvenir à une plus grande uniformité des lois. En faisant cette proposition, on s'est référé au débat préliminaire qui avait eu lieu à la trentième session du Groupe de travail sur les échanges de données informatisées (1996) au sujet de la possibilité d'examiner à l'avenir des questions liées au droit des transports autres que celles concernant l'EDI (A/CN.9/421, par. 104 à 108). On a dit que les lois nationales et les conventions internationales en vigueur étaient pleines de lacunes sur des questions telles que le fonctionnement des connaissements et lettres de transport maritime et la relation entre ces documents de transport et les droits et obligations du vendeur et de l'acheteur des marchandises et la position juridique des entités qui assurent le financement à une partie au contrat de transport. Certains États avaient bien des dispositions juridiques en la matière, mais celles-ci étaient disparates et beaucoup d'États n'en avaient pas, ce qui entravait la libre circulation des marchandises et augmentait le coût des transactions. Les moyens électroniques de communication étant de plus en plus largement utilisés pour le transport de marchandises, les conséquences du caractère fragmentaire et disparate de ces lois étaient d'autant plus graves et il devenait nécessaire d'introduire des dispositions uniformes pour régler les questions propres à l'utilisation des nouvelles technologies.

211. On a proposé que le secrétariat soit prié de demander aux gouvernements, mais surtout aux organisations intergouvernementales et non gouvernementales compétentes représentant les différents intérêts dans le transport international de marchandises par mer, leurs vues et leurs propositions sur les difficultés. On a également émis l'avis qu'il serait très important d'obtenir les vues des milieux commerciaux concernés. Sur la base d'une analyse de ces vues et propositions, le secrétariat pourrait soumettre à la Commission, lors d'une session ultérieure, un rapport qui lui permettrait de prendre, en connaissance de cause, une décision sur la manière de procéder la plus souhaitable. On a dit que ce travail de collecte d'informations devait porter sur une large gamme de questions relatives au transport de marchandises par mer et dans les domaines connexes, par exemple les opérations au terminal et le transport multimodal.

212. Plusieurs réserves ont été formulées au sujet de cette proposition. Tout d'abord, les questions à traiter étaient nombreuses et complexes, ce qui grèverait les ressources limitées du secrétariat. Consacrer les ressources du secrétariat et le temps de la Commission ou d'un groupe de travail à ces questions en retarderait les travaux sur d'autres questions qui étaient ou seraient prochainement à l'ordre du jour de la Commission et auxquelles il faudrait donner la priorité sur les travaux proposés concernant le droit des transports.

213. En outre, étant donné que les divers traités régissant les obligations en matière de transport de marchandises par mer étaient en vigueur et que le processus de ratification de la Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, 1978 (Règles de Hambourg) était lent, il était peu probable que

l'addition d'un nouveau traité aux traités en vigueur se traduise par une plus grande harmonie des lois. De fait, le manque d'harmonie entre les lois risque de s'accroître.

214. De plus, on a dit que tout travail qui impliquerait un réexamen du régime de responsabilité risquait de décourager les États d'adhérer aux Règles de Hambourg, ce qui serait regrettable. On a souligné que si une étude était menée, elle ne devrait pas porter sur le régime de responsabilité puisque les Règles de Hambourg, élaborées par l'ONU, avaient déjà apporté des solutions modernes. On a répondu toutefois qu'un examen du régime de responsabilité n'était pas l'objectif principal des travaux proposés. Ce qui était nécessaire en fait, c'était d'apporter des solutions modernes aux problèmes qui n'étaient pas ou pas suffisamment abordés dans les traités.

215. Compte tenu de cette divergence de vues, la Commission n'a pas inscrit d'examen des questions proposées à son ordre du jour. Elle a décidé toutefois que le secrétariat devait centraliser les informations, idées et opinions quant aux problèmes qui se posaient dans la pratique et quant aux solutions possibles à ces problèmes. Il devrait recueillir des informations auprès d'un grand nombre de sources, à savoir, outre les gouvernements, les organisations internationales représentant les secteurs commerciaux pratiquant le transport de marchandises par mer, comme le Comité maritime international (CMI), la Chambre de commerce internationale (CCI), l'Union internationale d'assurances transports (UIMI), la Fédération internationale des associations de transitaires et assimilés (FIATA), la Chambre internationale de la marine marchande et l'Association internationale des ports (AIP). Le secrétariat pourrait procéder à une analyse de ces informations pour une session future de la Commission, lorsque ses ressources le lui permettraient, sans compromettre le travail sur les points actuellement inscrits à l'ordre du jour. Sur la base de cette analyse, la Commission pourrait décider de la nature et de l'ampleur de tout travail qu'elle pourrait entreprendre dans ce domaine.

2. Travaux futurs concernant le commerce électronique

216. La Commission a engagé une réflexion sur les travaux futurs dans le domaine du commerce électronique sur la base du débat préliminaire tenu par le Groupe de travail à sa trentième session (A/CN.9/421, par. 109 à 119). On s'est accordé à dire que la CNUDCI devait continuer d'œuvrer à définir des normes juridiques de nature à rendre le commerce électronique prévisible et à multiplier ainsi les échanges dans toutes les régions.

217. De nouvelles propositions ont été faites quant aux sujets et priorités envisageables aux fins de travaux futurs. Selon l'une d'elles, la Commission devrait commencer à élaborer des règles sur les signatures numériques. Il a été fait observer que dans nombre de pays l'adoption de textes de loi sur les signatures numériques ainsi que de textes reconnaissant les actes "d'autorités de certification" ou d'autres personnes autorisées à émettre des certificats électroniques ou d'autres formes de garantie quant à l'origine et à l'attribution de messages portant une "signature" digitale était considérée comme essentielle au développement du commerce électronique. Il a été souligné que la possibilité d'utiliser des signatures numériques conditionnerait le développement de la pratique contractuelle et la négociabilité des titres représentatifs de marchandises ou autres titres grâce à des moyens électroniques. De nouvelles lois appelées à régir les signatures numériques étaient en cours d'élaboration dans un certain nombre de systèmes de droit. L'entreprise était cependant loin d'être uniforme. Si la Commission décidait d'entreprendre des travaux dans ce domaine, elle serait en mesure d'harmoniser les lois nouvelles ou, du moins, d'arrêter des principes communs dans le domaine de la signature électronique et de fournir ainsi une infrastructure internationale à cette activité commerciale.

218. Cette proposition a recueilli une large adhésion. Toutefois, on s'est accordé à dire que si elle décidait d'entreprendre des travaux dans le domaine des signatures numériques par l'intermédiaire de son Groupe de travail sur les échanges de données informatisées, la Commission devrait donner à celui-ci un mandat précis. On a également estimé que dans la mesure où la CNUDCI ne pouvait pas entreprendre de définir des normes techniques, elle devrait prendre soin de ne pas se mêler de questions techniques touchant les signatures numériques. Il a été rappelé qu'à sa trentième session, le Groupe de travail avait estimé que des travaux pourraient être nécessaires en ce qui concerne les autorités de certification et qu'il faudrait probablement les effectuer dans le contexte des registres et des fournisseurs de services. Il avait toutefois considéré qu'il ne devait pas se lancer dans des considérations techniques concernant le caractère approprié de l'utilisation de telle ou telle norme (A/CN.9/421, par. 111). On s'est demandé si les travaux sur les signatures numériques ne risquaient pas de déborder le champ du droit commercial et de mettre en jeu également des questions générales relevant du droit civil ou du droit administratif. On a rétorqué qu'il en était de même des dispositions de la Loi type et que la

Commission ne devrait pas être réticente à élaborer des règles utiles au motif que celles-ci pourraient également se révéler utiles en dehors de la sphère des relations commerciales.

219. Il a également été proposé, sur la base du débat préliminaire tenu par le Groupe de travail, d'axer les travaux futurs sur les fournisseurs de services, par exemple sur les questions ci-après : normes minima d'exécution en l'absence d'accord entre les parties; étendue des risques supportés par les destinataires; effet de ces règles ou accords sur les tiers; répartition des risques d'intrusion ou d'actes non autorisés; et étendue des garanties obligatoires, le cas échéant, ou d'autres obligations dans le cas de la fourniture de services à valeur ajoutée (voir A/CN.9/421, par. 116).

220. De l'avis d'un grand nombre de participants, il conviendrait que la CNUDCI examine la relation entre les fournisseurs de services, les utilisateurs et les tiers. Il serait très important d'orienter les travaux sur ce sujet vers la définition de normes internationales de conduite commerciale visant à favoriser le commerce par des moyens électroniques et non de s'assigner pour objectif l'institution d'un régime réglementaire applicable aux fournisseurs de services ou d'autres règles qui pourraient engendrer des coûts inacceptables pour les applications commerciales de l'EDI (voir A/CN.9/421, par. 117). On a toutefois jugé que la matière des fournisseurs de services pourrait se révéler trop vaste et englober un trop grand nombre de cas de figure différents pour être traitée comme un tout. On s'est accordé à penser que les questions concernant les fournisseurs de services pourraient être convenablement traitées dans le contexte de chacun des nouveaux sujets sur lesquels travaillerait le Groupe de travail.

221. Il a en outre été proposé que la Commission entreprenne de définir de nouvelles règles générales qui permettent de préciser la manière dont les prestations conventionnelles classiques pourraient être exécutées grâce au commerce électronique. Le sens d'expressions comme "exécution", "livraison" et d'autres termes dans le contexte du commerce électronique où l'offre et l'acceptation et la livraison du produit pourraient s'effectuer sur des réseaux d'ordinateurs situés de par le monde était entouré de beaucoup d'incertitude. L'expansion rapide du commerce électronique, ainsi que des transactions sur l'Internet et d'autres systèmes conféraient un caractère prioritaire à ce sujet. Il a été suggéré que le secrétariat entreprenne une étude pour délimiter le champ de ces travaux. Si après avoir examiné l'étude en question la Commission décidait d'entreprendre cette tâche, une solution qui s'offre à elle serait d'insérer ces règles dans la section de la Loi type sur le commerce électronique intitulée "dispositions spéciales".

222. Il a par ailleurs été proposé que la Commission concentre son attention sur la question de l'incorporation par référence. On a rappelé que le Groupe de travail avait été d'avis qu'il conviendrait de traiter le sujet dans le cadre de travaux plus généraux sur les questions des registres et des fournisseurs de services (A/CN.9/421, par. 114). Les membres de la Commission se sont accordés à dire que la question pourrait être étudiée à l'occasion des travaux sur les autorités de certification.

223. À l'issue d'un débat, la Commission a jugé qu'il était bon d'inscrire à son ordre du jour la question des signatures numériques et des autorités de certification, à condition d'y voir l'occasion pour elle de traiter d'autres sujets de travaux futurs proposés par le Groupe de travail. Il a été également convenu, s'agissant de donner un mandat plus précis au Groupe de travail, que les règles uniformes devant être élaborées devraient être consacrées notamment aux questions ci-après : fondement juridique des opérations de certification, y compris les nouvelles techniques d'authentification et de certification numériques; applicabilité de la certification; répartition des risques et des responsabilités entre utilisateurs, fournisseurs et tiers dans le contexte de l'utilisation de techniques de certification; questions spécifiques à la certification sous l'angle de l'utilisation des registres; et incorporation par référence.

224. La Commission a prié le secrétariat d'établir un document d'information sur les questions relatives aux signatures numériques et aux fournisseurs de services en partant de l'analyse des textes de lois en cours d'élaboration dans divers pays. En se fondant sur ce document, le Groupe de travail devrait réfléchir à l'opportunité de définir des règles uniformes concernant les questions susmentionnées. On est convenu qu'à l'occasion des travaux de sa trente et unième session, le Groupe de travail pourrait entreprendre d'élaborer des projets de règles touchant certains aspects des questions susmentionnées. La Commission a prié le Groupe de travail de lui fournir des éléments d'information qui lui permettent de se prononcer en toute connaissance de cause sur le champ d'application des règles uniformes devant être élaborées. Vu l'ampleur des activités visées

par la Loi type adoptée à la présente session et par les travaux futurs qui pourraient être menés dans le domaine du commerce électronique, il a été décidé de rebaptiser le Groupe de travail sur les échanges de données informatisées "Groupe de travail sur le commerce électronique".

IV. PROJETS DE TYPE CONSTRUCTION-EXPLOITATION-TRANSFERT

225. À sa vingt-septième session, en 1994, la Commission, après avoir examiné une note du secrétariat (A/CN.9/399), a souligné l'importance des projets de type construction-exploitation-transfert (CET) et demandé au secrétariat d'établir une note sur les travaux qui pourraient être consacrés à cette question. La note en question (A/CN.9/414) a été présentée à la Commission à sa vingt-huitième session, en 1995, et un large appui s'est manifesté au sein de la Commission en faveur de l'exécution de travaux dans le domaine des projets CET¹⁹. La Commission a prié le secrétariat d'établir un rapport sur les questions qui pourraient faire l'objet des travaux futurs, afin de faciliter l'examen qu'elle ferait de cette question à sa vingt-neuvième session, en 1996. Elle a demandé au secrétariat de tenir compte, ce faisant, des travaux entrepris par d'autres organisations dans le même domaine, notamment de ceux de l'Organisation des Nations Unies pour le développement industriel (ONUUDI) relatifs à l'élaboration de directives, afin d'éviter les doubles emplois.

226. À sa vingt-neuvième session, la Commission était saisie du rapport établi par le secrétariat en réponse à sa demande (A/CN.9/424). Elle y a trouvé des renseignements sur les travaux d'autres organisations relatifs au mécanisme CET, un aperçu des aspects de la question régis par les lois nationales et autres formes de réglementations, et des propositions concernant les travaux qu'elle pourrait entreprendre. Pour élaborer ce rapport, le secrétariat a examiné les dispositions du droit interne d'un certain nombre de pays concernant les projets CET et des questions connexes et a présenté un résumé des différentes solutions qu'il y a trouvées concernant les principaux aspects couverts par ces législations.

227. Il était indiqué dans le rapport que les opérations de type CET pouvaient jouer un rôle fondamental dans la politique économique d'un État. Un nombre non négligeable de pays avaient constaté qu'il était nécessaire, pour attirer les investisseurs vers les projets CET, d'adopter une législation sur ce type d'opération. Les solutions retenues par le législateur variaient d'un État à l'autre dans la manière d'aborder le problème, et dans le degré de détail et de complexité des dispositions adoptées. Si, dans certains pays, la législation portait sur les projets CET en général, dans d'autres, elle était plus spécialisée et portait sur certains secteurs industriels, tels que la production d'électricité ou la construction de terminaux maritimes ou d'installations de traitement de l'eau. Certains textes de loi portaient sur un projet CET donné. Les lois nationales proposaient des solutions différentes à des problèmes apparemment analogues, voire identiques. Les solutions retenues étaient susceptibles d'avoir un impact sur la capacité du pays concerné à attirer les investissements étrangers par le biais de projets CET.

228. La Commission a pris note avec satisfaction du rapport présenté par le secrétariat et a souscrit au programme de travail proposé aux paragraphes 85 à 92. On a souligné qu'un grand nombre d'États, des pays en développement notamment, s'étaient montrés très intéressés par le mécanisme de financement des projets CET. Ceux-ci exigeaient généralement des apports de fonds considérables et faisaient intervenir des investisseurs et des entrepreneurs étrangers. En menant à bonne fin des projets de ce type, les États avaient souvent pu éviter d'importantes dépenses publiques et allouer à la satisfaction de besoins sociaux plus pressants des ressources qui, autrement, auraient dues être investies dans des travaux d'infrastructure. Cela dit, il était indispensable que les projets CET et les projets analogues s'inscrivent dans un cadre juridique adéquat qui inspire confiance aux investisseurs potentiels — nationaux et étrangers. En outre, ces projets donnaient généralement lieu à la signature de contrats extrêmement complexes qui pouvait être précédée de longues négociations. Les travaux que la Commission pourrait réaliser dans ce domaine aideraient les États à faire face aux problèmes recensés. Il semblait particulièrement utile que les États bénéficient de conseils sur le plan législatif pour l'élaboration ou la modernisation de leurs lois sur les projets CET. On a fait observer que les organisations qui s'étaient intéressées aux opérations CET ne cherchaient pas à donner des orientations générales aux législateurs nationaux concernant ce type d'opération. En raison de son universalité et de son expérience de l'élaboration du droit commercial, la CNUDCI était en l'espèce l'organe compétent, étant entendu cependant qu'il fallait veiller à ce que ses travaux ne fassent pas double emploi avec ceux d'autres organisations.

¹⁹*Ibid.*, cinquante session, Supplément n° 17 (A/50/17), Par. 394 à 400.

229. Pour ce qui est de la forme, la Commission a estimé que tout travail préparatoire ayant pour but de guider le législateur devait consister à définir les objectifs de la législation envisagée et à examiner les solutions statutaires qui devraient permettre de les atteindre, en étudiant — le cas échéant — leurs avantages et leurs inconvénients. La Commission a donc prié le secrétariat d'étudier, avec le concours d'experts et en collaboration avec d'autres organisations internationales au fait des dispositifs applicables aux projets CET, les points sur lesquels il pourrait être utile de donner des conseils en matière de législation et d'élaborer les premiers projets de chapitres d'un guide juridique qui lui serait soumis pour examen. Pour ce qui est de travaux éventuels sur les aspects contractuels des projets CET, la Commission a demandé au secrétariat de continuer à suivre les travaux des autres organisations et, s'il jugeait souhaitable que la Commission entreprenne des travaux sur ces aspects, de formuler des propositions dans ce sens.

230. Sachant que le secrétariat dispose de ressources limitées, la Commission a demandé que, pour l'élaboration du guide juridique, le secrétariat s'efforce autant que possible d'obtenir le concours de fonctionnaires nationaux compétents ou d'experts du secteur privé originaires d'un échantillon de pays représentant des degrés de développement économique, des systèmes économiques et des traditions juridiques différents. La Commission a demandé aux États de collaborer avec le secrétariat et, notamment, de lui communiquer les renseignements nécessaires sur les textes pertinents de leur droit interne.

V. FINANCEMENT PAR CESSIION DE CRÉANCES

231. Après avoir examiné un certain nombre de problèmes juridiques en matière de cession de créances à ses vingt-sixième et vingt-septième sessions (1993 et 1994)²⁰, la Commission a décidé, à sa vingt-huitième session (1995), de charger le Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux d'élaborer une loi uniforme sur le financement par cession de créances²¹.

232. À sa vingt-quatrième session (tenue à Vienne du 13 au 24 novembre 1995), le Groupe de travail a commencé ses travaux en examinant le projet préliminaire d'un certain nombre de règles uniformes présentées dans le rapport soumis par le secrétariat (A/CN.9/412).

233. À la session en cours, la Commission était saisie du rapport relatif à ladite session du Groupe de travail (A/CN.9/420). Elle a noté qu'en fin de session le Groupe de travail avait prié le secrétariat d'établir une version révisée du projet de règles uniformes et de la lui soumettre à sa vingt-cinquième session, prévue à New York du 8 au 19 juillet 1996 (A/CN.9/420, par. 204).

234. La Commission s'est déclarée satisfaite de l'œuvre accomplie et a prié le Groupe de travail de poursuivre ses travaux avec diligence.

VI. ASPECTS TRANSNATIONAUX DE L'INSOLVABILITÉ

235. Après avoir procédé à de multiples consultations, notamment avec l'International Association of Insolvency Practitioners (INSOL), la Commission a estimé à sa vingt-huitième session (tenue à Vienne du 2 au 26 mai 1995), qu'il serait utile d'établir des dispositions législatives uniformes concernant la coopération judiciaire relative aux aspects transnationaux de l'insolvabilité, l'accès aux tribunaux des administrateurs de faillites étrangères et la reconnaissance des procédures étrangères d'insolvabilité²². La mission d'établir ces dispositions uniformes a été confiée au Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité, qui avait exercé ses activités jusqu'alors sous le titre de Groupe de travail du nouvel ordre économique international.

²⁰*Ibid.*, quarante-huitième session, Supplément n° 17 (A/48/17), par. 297 à 301, et *ibid.*, quarante-huitième session, Supplément n° 17 (A/49/17), par. 208 à 214.

²¹*Ibid.*, cinquantième session, Supplément n° 17 (A/50/17), par. 374 à 381.

²²*Ibid.*, par. 382 à 393.

236. Le Groupe de travail a entamé ses travaux à sa dix-huitième session (tenue à Vienne du 30 octobre au 10 novembre 1995)²³ et les a poursuivis à sa dix-neuvième session (tenue à New York du 1er au 12 avril 1996)²⁴. Sur la base de son examen de la question, qui a abouti à un premier projet de dispositions concernant la coopération judiciaire et l'accès et la reconnaissance dans les cas d'insolvabilité transnationale, il a prié le secrétariat d'établir une version révisée du projet de dispositions types et un premier projet de guide pour l'incorporation des dispositions types dans le droit interne (A/CN.9/422, par. 200). Il a été noté que, si le Groupe de travail n'avait pas encore tranché la question de savoir si les règles uniformes devraient revêtir la forme de dispositions législatives types ou d'une convention, son hypothèse de travail avait été que le texte revêtirait la forme de dispositions législatives types.

237. La Commission, qui était saisie des rapports relatifs aux deux sessions susmentionnées des groupes de travail (A/CN.9/419 et Corr.1 et A/CN.9/422), a été satisfaite des progrès accomplis. Il a été noté que ce projet avait suscité l'intérêt de nombre de praticiens et de bon nombre de gouvernements, et que le texte uniforme auquel devaient aboutir ces travaux était attendu avec impatience. Aussi a-t-elle espéré que le Groupe de travail poursuivrait ses travaux avec toute la diligence voulue pour être en mesure, après ses deux sessions suivantes prévues à Vienne, du 7 au 18 octobre 1996, et à New York, du 20 au 31 janvier 1997, de lui présenter un projet de texte législatif pour examen à sa trentième session, en 1997.

VII. SUIVI DE L'APPLICATION DE LA CONVENTION DE NEW YORK DE 1958

238. La Commission a rappelé l'examen qu'elle avait fait à sa vingt-huitième session, en 1995, du projet consistant à recueillir des informations sur l'incorporation de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958)²⁵ dans la législation des États contractants. On a noté que, pour les préparatifs de ce projet, le secrétariat avait coopéré avec le Comité D de l'Association internationale du barreau.

239. Il a par ailleurs été noté que le projet ne visait qu'à déterminer dans quelle mesure la Convention était incorporée dans la législation nationale des États contractants; en particulier, il n'avait pas pour but de suivre toutes les décisions judiciaires prises en application de la Convention. Une telle tâche, pour laquelle le secrétariat ne disposait au demeurant pas des ressources voulues, n'était pas nécessaire à l'exécution du projet; en outre, la jurisprudence fondée sur la Convention était compilée et publiée par d'autres organisations, en particulier dans le *Yearbook of Commercial Arbitration* du Conseil international pour l'arbitrage commercial.

240. L'objectif essentiel du projet était de publier les conclusions de l'enquête sur les législations. Lorsque la Commission serait saisie de ces conclusions, elle pourrait décider si, outre la publication de celles-ci, d'autres mesures seraient souhaitables, par exemple l'élaboration d'un guide pour l'incorporation de la Convention.

241. Il a été signalé que le secrétariat avait envoyé aux États parties à la Convention un questionnaire demandant des informations sur l'application de la Convention, de façon à pouvoir établir un rapport à soumettre à l'examen de la Commission. Au 12 juin 1996, le secrétariat avait reçu 32 réponses.

242. La Commission s'est félicitée de ce projet. On a fait valoir que des travaux analogues pourraient par la suite être entrepris aussi au sujet d'autres conventions issues des délibérations de la Commission. De tels travaux étaient utiles en ce qu'ils encourageaient l'uniformité des textes législatifs.

243. La Commission a demandé aux États parties à la Convention qui ne l'avaient pas encore fait de répondre au questionnaire du secrétariat. Elle a demandé à ce dernier d'établir, pour qu'elle l'examine à une session ultérieure, une note présentant des conclusions tirées de l'analyse des informations recueillies.

²³Le rapport sur la dix-huitième session du Groupe de travail figure dans le document A/CN.9/419 et Corr.1.

²⁴Le rapport sur la dix-neuvième session du Groupe de travail figure dans le document A/CN.9/422.

²⁵*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 17 (A/50/17)*, par. 401 à 404.

VIII. RECUEIL DE JURISPRUDENCE CONCERNANT LES TEXTES DE LA CNUDCI

244. La Commission a noté avec satisfaction que, depuis sa vingt-huitième session (1995), deux séries supplémentaires de sommaires, de décisions judiciaires et de 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 avaient été publiées (A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/7 et 8).

245. La Commission a aussi noté avec satisfaction qu'un thésaurus de la CNUDCI pour la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (c'est-à-dire une classification analytique des questions soulevées dans le contexte de la Convention), qui avait été élaboré par le secrétariat et auquel le professeur John O. Honnold avait mis la dernière main, avait été publié (A/CN.9/SER.C/INDEX/1). La Commission a en outre noté que le secrétariat élaborait actuellement un thésaurus pour la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international et l'a prié d'accélérer ses travaux concernant ce thésaurus.

246. La Commission a rendu hommage aux correspondants nationaux pour leur travail et a instamment prié les États de coopérer avec le secrétariat pour assurer le bon fonctionnement du système servant à constituer le Recueil de jurisprudence et de faciliter la tâche des correspondants nationaux. Elle a souligné l'importance du Recueil de jurisprudence qui favorisait l'application uniforme des textes juridiques résultant de ses travaux. Elle a noté que le Recueil, qui était publié dans les six langues de l'Organisation des Nations Unies, était un outil extrêmement précieux pour les praticiens, les universitaires et les administrations. Elle a invité les États qui ne l'avaient pas encore fait à nommer un correspondant national.

247. Le secrétariat a rendu compte des mesures qui avaient été prises pour mettre en place une base de données, accessible par Internet, rassemblant les décisions figurant dans le Recueil et d'autres documents. La Commission a accueilli favorablement ces mesures et a encouragé le secrétariat à continuer sur cette voie. Elle a noté, à cet égard, que la charge de travail du secrétariat, qui devait éditer les sommaires, archiver les décisions judiciaires et les sentences arbitrales dans leur version originale, traduire les sommaires dans les cinq autres langues de l'Organisation des Nations Unies et les publier dans les six langues de l'Organisation, adresser sur demande les sommaires et le texte intégral des décisions et sentences et mettre en place et exploiter une banque de données, augmenterait considérablement avec la multiplication des décisions et sentences concernant les textes de la CNUDCI. La Commission a donc demandé que des ressources suffisantes soient mises à la disposition de son secrétariat pour lui permettre d'exploiter convenablement le système.

IX. FORMATION ET ASSISTANCE TECHNIQUE

248. La Commission a été saisie d'une note du secrétariat (A/CN.9/427) présentant les activités réalisées depuis la session précédente et indiquant l'orientation des activités futures prévues. On a noté que les séminaires et les missions d'information de la CNUDCI destinés à des fonctionnaires gouvernementaux avaient pour but d'expliquer les principales caractéristiques et l'intérêt des instruments mis au point par la CNUDCI en matière de droit commercial international.

249. Il a été indiqué que depuis la session précédente, les séminaires et missions d'information ci-après avaient été organisés : Minsk (29-30 mai 1995); Téhéran (9-12 septembre 1995); Almaty (22-26 août 1995); Bogota (10 novembre 1995); Asunción (22-24 novembre 1995); Santiago (27-29 novembre 1995); Conakry (15-19 janvier 1996); Libreville (22-25 janvier 1996); Abou Dhabi (27 juin 1995); Doubaï (4 juillet 1995); Auckland et Wellington (5 et 14 juillet 1995); Athènes (18-19 octobre 1995); Ankara (4-7 décembre 1995); Ljubljana (31 janvier 1996). Le secrétariat a indiqué que pour le reste de 1996 jusqu'à la prochaine session de la Commission, en mai 1997, des séminaires et des missions d'information étaient prévus en Afrique, en Asie et en Amérique latine.

250. La Commission a remercié le secrétariat des activités qu'il avait entreprises depuis sa dernière session et a souligné l'importance du programme de formation et d'assistance technique pour faire connaître ses travaux et diffuser des informations sur les textes juridiques qu'elle avait élaboré. Il a été souligné que les séminaires et missions d'information étaient particulièrement utiles pour les pays en développement qui n'avaient pas de connaissances spécialisées dans les domaines du commerce et du droit commercial sur lesquels portaient les travaux de la CNUDCI. La Commission a noté l'intérêt d'une législation commerciale uniforme, en particulier

des textes juridiques établis par la CNUDCI, dans les efforts d'intégration économique entrepris par de nombreux pays, et a souligné l'importance du rôle que les activités de formation et d'assistance technique du secrétariat pourraient jouer dans ce contexte. En ce qui concerne les sujets couverts par les séminaires de la CNUDCI, le secrétariat a été encouragé à inclure, selon que de besoin, des informations sur les textes intéressant le commerce international élaborés par d'autres organisations.

251. La Commission a pris note des diverses formes que pouvait prendre l'assistance technique fournie par le secrétariat, notamment l'examen de projets préliminaires de textes de lois, une assistance pour la préparation de projets de lois, des commentaires sur les rapports des commissions de réforme du droit et des séances d'information à l'intention des législateurs, des juges, des arbitres et d'autres utilisateurs finals des textes juridiques de la CNUDCI incorporés au droit interne. La Commission a encouragé le secrétariat à trouver des moyens de tenir compte de l'augmentation continue et sensible de l'importance qu'accordent les gouvernements, les milieux d'affaires nationaux et internationaux et les organismes d'aide multilatéraux et bilatéraux à l'amélioration du cadre juridique du commerce et de l'investissement internationaux.

252. La Commission a souligné l'importance de la coopération et de la coordination entre les organismes d'aide au développement qui fournissent ou financent une assistance technique dans le domaine juridique et le secrétariat, de manière à éviter les situations dans lesquelles l'assistance internationale pourrait conduire à l'adoption, au niveau national, de lois qui ne correspondent pas aux normes convenues au niveau international, notamment aux conventions et aux lois types de la CNUDCI.

253. La Commission a pris note avec satisfaction des contributions versées par le Cambodge, la France, les Philippines et la Suisse au titre du programme de séminaires. Elle a également exprimé sa gratitude aux autres États et organisations qui avaient contribué au programme de formation et d'assistance de la Commission par des apports de fonds ou de personnel, ou en accueillant des séminaires. Soulignant l'importance de ressources extrabudgétaires pour le financement d'activités de formation et d'assistance technique, la Commission a renouvelé son appel à tous les États, aux organisations internationales et aux autres entités intéressés pour qu'ils envisagent de verser des contributions au Fonds d'affectation spéciale de la CNUDCI pour les colloques, en particulier des contributions pluriannuelles, afin de faciliter la planification et de permettre au secrétariat de faire face à la demande croissante de formation et d'assistance émanant des pays en développement et des États nouvellement indépendants.

254. La Commission a noté qu'au cours de sa cinquantième session, l'Assemblée générale n'avait pas eu l'occasion d'examiner la demande faite par la Commission à sa dernière session tendant à ce que la question du Fonds d'affectation spéciale de la CNUDCI pour les colloques soit inscrit à l'ordre du jour de la Conférence d'annonce de contributions organisée dans le cadre de la session de l'Assemblée générale, étant entendu que cela ne modifierait en rien l'obligation d'un État de verser sa contribution à l'Organisation²⁶. La Commission a par conséquent demandé à la Sixième Commission de recommander à l'Assemblée générale d'adopter une résolution qui inclurait le Fonds d'affectation spéciale de la CNUDCI pour les colloques et le Fonds d'affectation spéciale permettant à la Commission d'octroyer une aide au titre des frais de voyage aux pays en développement qui sont membres de la CNUDCI dans l'ordre du jour de la Conférence des Nations Unies pour les annonces de contributions aux activités de développement.

X. ÉTAT ET PROMOTION DES TEXTES JURIDIQUES DE LA CNUDCI

255. Sur la base d'une note du secrétariat (A/CN.9/428), la Commission a examiné l'état des conventions et lois types issues de ses travaux, ainsi que l'état de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958). La Commission a noté avec satisfaction les nouvelles mesures prises par les États après le 26 mai 1995 (c'est-à-dire la date de la clôture de la vingt-huitième session de la Commission) concernant les instruments ci-après :

a) *Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (New York, 1974)*. Nouvelles mesures : ratification par la Pologne et adhésion, du fait de l'adhésion au Protocole modifiant

²⁶*Ibid.*, par. 422.

la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises, de la Slovénie; nombre d'États parties : 20;

b) *Protocole modifiant la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980)*. Nouvelles mesures : adhésion de la Pologne et de la Slovénie;

c) *Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, 1978 (Règles de Hambourg)*. Nouvelles mesures : ratification par la République tchèque; adhésion de la Gambie et de la Géorgie; nombre d'États parties : 25;

d) *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980)*. Nouvelle mesure : ratification par la Pologne; nombre d'États parties : 45;

e) *Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux (New York, 1988)*. La Convention avait deux États parties. Il fallait huit adhésions supplémentaires pour qu'elle entre en vigueur;

f) *Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants des terminaux de transport dans le commerce international (Vienne, 1991)*. La Convention avait été signée par cinq États; nouvelle mesure : adhésion de la Géorgie; un État partie; cinq adhésions à la Convention étaient nécessaires pour qu'elle entre en vigueur;

g) *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, 1985*. Nouveaux pays qui avaient promulgué une législation basée sur la Loi type : Guatemala, Inde, Kenya, Malte, Sri Lanka; nombre total de pays où cette législation est en vigueur : 39;

h) *Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services, 1994*. Pays qui avaient promulgué une législation basée sur la Loi type : Albanie et Pologne;

i) *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958)*. Nouvelles mesures : adhésion du Kazakstan, de l'Ouzbékistan et du Viet Nam; nombre total d'États parties : 108.

256. La Commission s'est félicitée des mesures législatives prises sur la base des textes qu'elle avait élaborés.

257. Il a été noté qu'en dépit de l'intérêt et de l'utilité universels de ces textes, un grand nombre d'États n'en avaient pas encore promulgué un seul. Étant donné que les textes législatifs issus des travaux de la Commission bénéficiaient de l'appui d'un grand nombre de spécialistes et d'universitaires dans des pays à systèmes juridique, social et économique différents, le rythme d'adoption de ces textes était plus lent qu'il n'était nécessaire. Un appel a été lancé aux représentants et observateurs participant aux réunions de la Commission et de ses groupes de travail pour qu'ils s'engagent, dans la mesure où ils le jugeaient personnellement approprié, à faciliter l'examen des textes de la Commission par les organes législatifs de leurs pays respectifs.

XI. RÉOLUTIONS DE L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE SUR LES TRAVAUX DE LA COMMISSION

258. La Commission a pris note avec satisfaction de la résolution 50/48 de l'Assemblée générale, en date du 11 décembre 1995, par laquelle l'Assemblée a adopté et ouvert à la signature ou à l'adhésion la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by et dans laquelle elle a remercié la Commission d'avoir élaboré le projet de convention. Au paragraphe 3 de la résolution, l'Assemblée générale a invité tous les gouvernements à envisager de devenir partie à la Convention.

259. La Commission a pris note avec satisfaction de la résolution 50/47 de l'Assemblée générale, en date également du 11 décembre 1995, relative au rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-huitième session, tenue en 1995. En particulier, elle a constaté qu'au paragraphe 5, l'Assemblée réaffirmait que la Commission, en tant que principal organe juridique du système des Nations Unies dans le domaine du droit commercial international, avait 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, recommandait qu'elle continue, par l'intermédiaire de son secrétariat, à coopérer étroitement avec les autres organes et organisations internationaux, y compris les organisations régionales, qui s'occupaient de droit commercial international.

260. La Commission a en outre noté avec satisfaction qu'au paragraphe 6, l'Assemblée réaffirmait l'importance, en particulier pour les pays en développement, de l'œuvre que la Commission accomplissait en matière de formation et d'assistance technique dans le domaine du droit commercial international, telle que l'assistance qu'elle offrait pour l'élaboration de législations nationales fondées sur les textes juridiques qu'elle avait produits, et qu'au paragraphe 7, l'Assemblée affirmait qu'il était souhaitable que la Commission s'efforce de parrainer un plus grand nombre de séminaires et de colloques afin de promouvoir cette formation et cette assistance technique.

261. La Commission a également noté avec satisfaction qu'au paragraphe 7 b), l'Assemblée invitait instamment les gouvernements, les organes, organismes et institutions des Nations Unies compétents et les particuliers à verser des contributions volontaires au Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la CNUDCI et, le cas échéant, à financer des projets spéciaux. De plus, elle a noté qu'au paragraphe 7 c), l'Assemblée lançait un appel au Programme des Nations Unies pour le développement et à d'autres organismes responsables de l'aide au développement, ainsi qu'aux gouvernements dans le cadre de leurs programmes d'aide bilatérale, 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.

262. Elle a également constaté avec satisfaction que l'Assemblée, au paragraphe 8, invitait instamment les gouvernements, les organes, organismes et institutions des Nations Unies compétents et les particuliers, pour assurer la pleine participation de tous les États Membres aux sessions de la Commission et de ses groupes de travail, à verser des contributions volontaires au Fonds d'affectation spéciale devant permettre d'octroyer une aide au titre des frais de voyage aux pays en développement qui étaient membres de la Commission, sur leur demande, et en consultation avec le Secrétaire général. Ce Fonds d'affectation spéciale a été établi comme suite à la résolution 48/32 de l'Assemblée, en date du 9 décembre 1993. La Commission a noté en outre avec satisfaction qu'au paragraphe 9 l'Assemblée générale a décidé de continuer à envisager, dans le cadre de la grande commission compétente au cours de la cinquantième 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 étaient membres de la Commission, sur leur demande et en consultation avec le Secrétaire général.

263. La Commission s'est félicitée qu'au paragraphe 10, l'Assemblée générale prie le Secrétaire général de veiller à ce que des ressources suffisantes soient allouées pour l'application effective des programmes de la Commission. La Commission espérait en particulier que des ressources suffisantes seraient affectées au secrétariat pour lui permettre de faire face aux demandes accrues de formation et d'assistance.

264. La Commission a également noté avec satisfaction que l'Assemblée générale, au paragraphe 11 de la résolution, a souligné qu'il importait de donner effet aux conventions issues des travaux de la Commission et, qu'à cette fin, elle a invité instamment les États qui ne l'avaient pas encore fait à envisager de signer et de ratifier ces conventions ou d'y adhérer.

XII. QUESTIONS DIVERSES

A. Réduction de la documentation

265. La Commission a pris note de la résolution 50/206 C de l'Assemblée générale, en date du 23 décembre 1995, notamment des recommandations et suggestions figurant aux paragraphes 6 à 8 de la section C, dans lesquels l'Assemblée invite les organes à faire preuve de retenue lorsqu'ils présentent des propositions prévoyant l'établissement d'un nouveau rapport, à envisager la possibilité d'adopter un cycle biennal ou triennal pour la présentation des rapports, à passer en revue tous les documents publiés périodiquement pour déterminer s'ils sont nécessaires et à envisager la possibilité de demander des rapports oraux, ainsi que des rapports de synthèse sur des questions connexes. Tout en reconnaissant la nécessité de faire de nouvelles économies dans le domaine de la documentation, la Commission, qui fait déjà preuve de retenue à cet égard depuis plusieurs années, est arrivée

à la conclusion qu'elle ne pouvait aller au-delà de ce qu'elle avait déjà fait sans compromettre l'exécution de son mandat.

B. Principes d'interprétation

266. Il a été fait référence aux dispositions des principes d'interprétation inclus dans les conventions élaborées ces dernières années, comme l'article 7 1) de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises. Ces dispositions sont libellées dans des termes similaires et prévoient que, pour l'interprétation de la 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 et la bonne foi dans la pratique internationale. Il a été proposé d'inclure dans les dispositions analogues qui seront incorporées aux nouvelles conventions une mention demandant que soient respectés les principes énoncés dans le droit commercial international et les instruments juridiques élaborés par les organisations internationales reconnues, ainsi que les pratiques constituant l'usage établi dans le domaine couvert par la convention en question. Cette proposition n'a pas été examinée à la vingt-neuvième session.

C. Annuaire de la CNUDCI

267. La CNUDCI a réaffirmé l'utilité de son annuaire, où sont consignés les comptes rendus des travaux préparatoires relatifs aux instruments qu'elle élabore. On a souligné que nombre d'utilisateurs de ces instruments (législateurs, juristes, universitaires, juges ou arbitres, etc.) avaient impérativement besoin de consulter ces comptes rendus et que l'annuaire était pour beaucoup d'entre eux le seul moyen commode de le faire. La Commission a prié le secrétariat de continuer à éditer l'annuaire en anglais, espagnol, français et russe et, compte tenu du vif intérêt que divers publics portaient aux textes en cours d'élaboration, de le publier peu après la clôture de ses sessions annuelles.

D. Coopération avec l'Organisation des États américains

268. La Commission a été informée, par une déclaration faite au nom de l'Organisation des États américains (OEA), des préparatifs de la sixième Conférence interaméricaine spécialisée dans le droit international privé (CIDIP-VI), dont l'ordre du jour pourrait comporter des questions l'intéressant directement (par exemple, la faillite internationale). La Commission a pris note avec satisfaction du désir manifesté par l'OEA de renforcer la coopération entre les deux organisations, dans les domaines d'intérêt commun.

E. Bibliographie

269. La Commission a noté que le secrétariat n'avait pas été en mesure de publier la bibliographie des ouvrages récents concernant ses travaux (A/CN.9/429) suffisamment tôt pour qu'elle en dispose à sa vingt-neuvième session, mais que ce document serait publié et diffusé peu après la clôture de celle-ci.

270. La Commission a souligné qu'il était important pour elle de disposer d'informations aussi complètes que possible sur les publications, y compris les thèses universitaires, traitant des résultats de ses travaux. Elle a donc prié les gouvernements, les institutions universitaires et les autres organisations intéressées d'envoyer au secrétariat des exemplaires de ces publications.

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

271. Il a été indiqué à la Commission que l'Institut du droit commercial international de la Pace University School of Law, New York, avait organisé le troisième concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis (Vienne, 27-31 mars 1996). Les questions juridiques soumises aux équipes d'étudiants participant au concours se fondaient sur 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. Ont participé au concours de 1996 38 équipes provenant de facultés de droit de 19 pays. Le quatrième concours se tiendra en avril 1997, à Vienne.

272. La Commission a pris note de ces informations avec intérêt et satisfaction. Elle considérait le concours, avec sa participation internationale, comme une excellente méthode d'enseignement du droit commercial international et de diffusion d'informations sur les textes uniformes actuels.

G. Six centième séance de la Commission

273. La Commission a noté que la séance de l'après-midi du 7 juin 1996 était sa 600^e séance, et on a profité de cette occasion pour souligner avec fierté qu'elle avait accompli une œuvre remarquable depuis sa première session en 1968. On a en outre exprimé la conviction que la Commission continuerait de jouer un rôle central dans l'harmonisation progressive du droit commercial international.

H. Date et lieu de la trentième session de la Commission

274. Il a été décidé que la Commission tiendrait sa trentième session à Vienne, du 12 au 30 mai 1997.

I. Sessions des groupes de travail

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

a) Le Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux tiendrait sa vingt-cinquième session du 8 au 19 juillet 1996 à New York et sa vingt-sixième session du 11 au 22 novembre 1996 à Vienne;

b) Le Groupe de travail sur la législation de l'insolvabilité tiendrait sa vingtième session du 7 au 18 octobre 1996 à Vienne et sa vingt et unième session du 20 au 31 janvier 1997 à New York;

c) Le Groupe de travail sur le commerce électronique tiendrait sa trente et unième session du 18 au 28 février 1997 à New York.

B. Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement : extrait du rapport du Conseil du commerce et du développement sur sa quarante-troisième session (TD/B/43/12(Vol.I))*

“I.G. Point 8 a) Développement progressif du droit commercial international : vingt-neuvième rapport annuel de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

1. Pour l'examen de ce point, le Conseil était saisi du rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-neuvième session, tenue à New York du 28 mai au 14 juin 1996 (A/51/17), qui avait été distribué sous couvert d'une note du secrétariat de la CNUCED (TD/B/43/3).

Décision du Conseil

2. À sa 880^e séance, le 16 octobre 1996, le Conseil a pris note du rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-neuvième session (A/51/17).

*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 15 (A/51/15).

C. Assemblée générale : rapport de la Commission des nations unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-neuvième session : rapport de la Sixième Commission (A/51/628)

INTRODUCTION

1. À sa 3e séance plénière, le 20 septembre 1996, l'Assemblée générale a décidé, sur recommandation du Bureau, d'inscrire à l'ordre du jour de sa cinquante et unième session la question intitulée "Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-neuvième session" et de la renvoyer à la Sixième Commission.
2. La Sixième Commission a examiné la question à ses 3e, 4e et 47e séances, les 23 et 24 septembre et le 26 novembre 1996. Les vues des représentants qui ont pris la parole au cours de cet examen sont consignées dans les comptes rendus analytiques des séances correspondantes (A/C.6/51/SR.3, 4 et 47).
3. La Commission était saisie pour cet examen de la question des documents suivants :
 - a) Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-neuvième session¹;
 - b) Rapport du Secrétaire général sur l'application du paragraphe 9 de la résolution 50/47 de l'Assemblée générale relatif à l'octroi aux représentants des pays en développement d'une aide au titre des frais de voyage (A/51/382);
 - c) Lettre du 21 mai 1996 adressée au Secrétaire général par le Représentant permanent de la Colombie auprès de l'Organisation des Nations Unies, transmettant le texte du communiqué adopté par les ministres des affaires étrangères et les chefs de délégation du Mouvement des pays non alignés lors de la Réunion du Comité ministériel sur la méthodologie, tenue à Cartagena les 15 et 16 mai 1996 (A/51/154).
4. À la 3e séance, le 23 septembre, le Président de la vingt-huitième session de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international a présenté le rapport de la Commission sur les travaux de cette session (voir A/C.6/51/SR.3).
5. À la 4e séance, le 24 septembre, le Président de la Commission a prononcé une allocution de clôture (voir A/C.6/51/SR.4).

I. EXAMEN DES PROPOSITIONS

A. Projet de résolution A/C.6/51/L.7

6. À la 47e séance, le 26 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-neuvième session" (A/C.6/51/L.7) au nom des pays suivants : *Albanie, Algérie, Allemagne, Argentine, Australie, Autriche, Belgique, Bosnie-Herzégovine, Botswana, Brésil, Bulgarie, Cameroun, Canada, Chili, Chypre, Colombie, Costa Rica, Côte d'Ivoire, Croatie, Danemark, Égypte, Équateur, Espagne, Finlande, France, Grèce, Guatemala, Honduras, Hongrie, Inde, Israël, Italie, Kenya, Maroc, Mexique, Mongolie, Nigéria, Norvège, Ouganda, Pérou, Pologne, Portugal, République tchèque, Roumanie, Singapour, Slovaquie, Slovénie, Suède, Thaïlande, Turquie, Uruguay et Venezuela*, auxquels se sont joints par la suite la *Bolivie*, le *Brésil* et le *Népal*. Le représentant de l'Autriche a proposé ensuite de modifier le projet de résolution de la manière suivante :
 - a) Au paragraphe 12, supprimer l'expression ", dans les limites des ressources existantes,";

¹Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 17 (A/51/17).

b) Au paragraphe 13, supprimer le membre de phrase "à ce que des ressources suffisantes soient allouées".

7. À la même séance, la Commission a adopté sans le mettre aux voix le projet de résolution A/C.6/51/L.7 tel qu'amendé oralement (voir ci-dessous par. 10, projet de résolution I).

B. Projet de résolution A/C.6/51/L.8

8. À la 47^e séance, le 26 novembre, le représentant de l'Autriche a présenté un projet de résolution intitulé "Loi type sur le commerce électronique adoptée par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international" (A/C.6/51/L.8) au nom des pays suivants : *Allemagne, Argentine, Australie, Autriche, Belgique, Bosnie-Herzégovine, Bulgarie, Canada, Colombie, Costa Rica, Croatie, Danemark, Équateur, Espagne, États-Unis d'Amérique, Finlande, France, Guatemala, Hongrie, Israël, Italie, Kenya, Mexique, Norvège, Portugal, République tchèque, Singapour, Slovaquie, Slovénie, Suède, Thaïlande, Uruguay et Venezuela*. Le Japon s'est ultérieurement joint aux auteurs du projet.

9. À la même séance, la Commission a adopté le projet de résolution A/C.6/51/L.8 sans le mettre aux voix (voir ci-dessous par. 10, projet de résolution II).

II. RECOMMANDATIONS DE LA SIXIÈME COMMISSION

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

[Les textes ne sont pas reproduits dans la présente section. Les projets de résolution I et II ont été adoptés avec des modifications de forme par l'Assemblée générale en tant que résolutions 51/161 et 41/162 (voir sect. D ci-dessous).]

D. Résolutions 51/161 et 51/162 de l'Assemblée générale, en date du 16 décembre 1996

51/161. *Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-neuvième 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 aux courants d'échanges internationaux, notamment ceux auxquels se heurtent les pays en développement, contribueraient de façon appréciable à la 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-neuvième session¹,

Consciente de la précieuse contribution qu'apporte la Commission dans le cadre de la Décennie des Nations Unies pour le droit international, en particulier en ce qui concerne la diffusion du droit commercial international,

Craignant que des activités qui seraient entreprises par d'autres organes du système des Nations Unies dans le domaine du droit commercial international sans coordination avec la Commission n'aboutissent à un gaspillage d'efforts, ce qui irait à l'encontre de l'objectif d'efficacité et de cohérence dans l'unification et l'harmonisation du droit commercial international, énoncé dans sa résolution 37/106 du 16 décembre 1982,

Ayant examiné le rapport du Secrétaire général sur l'application du paragraphe 9 de la résolution 50/47 de l'Assemblée générale²,

1. *Prend note avec satisfaction* du rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-neuvième session¹;

2. *Note avec satisfaction* que la Commission a terminé et adopté la Loi type sur le commerce électronique³;

3. *Félicite* la Commission d'avoir achevé l'Aide-mémoire sur l'organisation des procédures arbitrales⁴;

4. *Constate avec satisfaction* les progrès réalisés par la Commission dans ses travaux sur le financement par cession de créances et les aspects transnationaux de l'insolvabilité;

5. *Se félicite* de la décision de la Commission de prier le secrétariat d'étudier, avec le concours d'experts et en collaboration avec d'autres organisations internationales ayant des compétences pour les dispositifs de type construction-exploitation-transfert, les points sur lesquels il pourrait être utile de guider le législateur, et de commencer à préparer un guide juridique sur les projets de type construction-exploitation-transfert⁵;

6. *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 et, à cet égard :

a) Engage tous les organes du système des Nations Unies et invite les autres organisations internationales à garder à l'esprit le mandat de la Commission et la nécessité d'éviter un gaspillage d'efforts et de favoriser l'efficacité et la cohérence dans l'unification et l'harmonisation du droit commercial international;

b) Recommande à la Commission de continuer, par l'intermédiaire de son secrétariat, à coopérer étroitement avec les autres organes et organisations internationaux, y compris les organisations régionales ainsi que d'autres institutions comme l'Institut international pour l'unification du droit privé, qui s'occupent de droit commercial international et d'autres domaines connexes;

¹ Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 17 (A/51/17).

² A/51/382.

³ Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 17 (A/51/17), annexe I; voir également résolution 51/162, annexe.

⁴ *Ibid.*, Supplément n° 17 (A/51/17), chap. II.

⁵ *Ibid.*, chap. IV, par. 229.

7. *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 technique dans le domaine du droit commercial international, telle que l'assistance qu'elle offre pour l'élaboration de législations nationales fondées sur les textes juridiques qu'elle a produits;

8. *Affirme* qu'il est souhaitable que la Commission s'efforce de parrainer un plus grand nombre de séminaires et de colloques afin de fournir cette formation et cette assistance technique et, à cet égard :

a) Remercie la Commission d'avoir organisé des séminaires et des missions d'information au Bélarus, au Chili, en Colombie, dans les Émirats arabes unis, au Gabon, en Grèce, en Guinée, au Kazakhstan, en Nouvelle-Zélande, au Paraguay, en République islamique d'Iran, en Slovénie et en Turquie;

b) Remercie les gouvernements dont les contributions ont permis l'organisation des séminaires et des missions d'information, et invite instamment les gouvernements, les organes, organismes et institutions des Nations Unies compétents 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;

9. *Engage* le Programme des Nations Unies pour le développement et d'autres organismes responsables de l'aide au développement, tels que la Banque internationale pour la reconstruction et le développement et la Banque européenne pour la reconstruction et le développement, ainsi que les gouvernements, dans le cadre de leurs programmes d'aide bilatérale, à appuyer le programme de formation et d'assistance technique de la Commission, à coopérer avec celle-ci et à coordonner leurs activités avec les siennes;

10. *Invite instamment* les gouvernements, les organes, organismes et institutions des Nations Unies compétents et les particuliers, pour assurer la pleine participation de tous les États Membres aux sessions de la Commission et de ses groupes de travail, à verser des contributions volontaires au fonds d'affectation spéciale pour l'octroi d'une aide au titre des frais de voyage aux pays en développement qui sont membres de la Commission, sur leur demande et en consultation avec le Secrétaire général;

11. *Décide* d'inscrire les fonds d'affectation spéciale pour les colloques et pour l'octroi d'une aide au titre des frais de voyage sur la liste des fonds et des programmes dont s'occupe la Conférence des Nations Unies pour les annonces de contributions aux activités de développement;

12. *Décide également*, 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 cinquante et unième session de l'Assemblée générale, d'octroyer une aide au titre des frais de voyage aux pays les moins avancés qui sont membres de la Commission, sur leur demande et en consultation avec le Secrétaire général;

13. *Prie* le Secrétaire général de veiller à l'application effective des programmes de la Commission;

14. *Souligne* qu'il importe, pour l'unification et l'harmonisation au niveau mondial 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.

51/162. *Loi type sur le commerce électronique adoptée par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*

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 opérations commerciales internationales recourent de plus en plus souvent à l'échange de données informatisées et à d'autres moyens de communication, qualifiés généralement de "commerce électronique", qui supposent l'utilisation de moyens autres que les documents papier pour communiquer et conserver l'information,

Rappelant la recommandation sur la valeur juridique des enregistrements informatiques que la Commission a adoptée à sa dix-huitième session, en 1985¹, et l'alinéa b) du paragraphe 5 de la résolution 40/71 de l'Assemblée générale en date du 11 décembre 1985, dans lequel l'Assemblée a demandé aux gouvernements et aux organisations internationales de prendre des mesures, selon qu'il conviendra, conformément à la recommandation de la Commission¹, afin d'assurer la sécurité juridique dans le contexte de l'utilisation la plus large possible du traitement automatique de l'information dans le commerce international,

Convaincue que l'établissement d'une loi type facilitant le recours au commerce électronique qui remporte l'adhésion d'États dotés de systèmes juridiques, sociaux et économiques différents pourrait contribuer de façon appréciable au développement de relations économiques internationales harmonieuses,

Notant que la Commission a adopté la Loi type sur le commerce électronique à sa vingt-neuvième session, après avoir examiné les observations des gouvernements et des organisations intéressées,

Estimant que l'adoption par la Commission de la Loi type sur le commerce électronique aidera de façon appréciable tous les États à renforcer leur législation régissant l'utilisation de moyens autres que les documents papier pour communiquer et conserver l'information, et à élaborer des lois dans ce domaine lorsqu'ils n'en ont pas encore,

1. *Remercie* la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international d'avoir élaboré et d'avoir adopté la Loi type sur le commerce électronique dont le texte figure en annexe à la présente résolution, et d'avoir établi le Guide pour l'incorporation de la Loi type dans le droit interne;

2. *Recommande* que tous les États prennent dûment en considération la Loi type lorsqu'ils promulguent des lois ou réviseront leur législation, compte tenu de la nécessité d'assurer l'uniformité du droit applicable aux moyens autres que les documents papier pour communiquer et conserver l'information;

3. *Recommande également* qu'aucun effort ne soit épargné pour faire en sorte que la Loi type et le Guide soient largement diffusés et accessibles à tous.

*85e séance plénière
16 décembre 1996*

¹ Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarantième session, Supplément n° 17 (A/40/17)*, chap. VI, sect. B.

Annexe

LOI TYPE DE LA COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL
INTERNATIONAL SUR LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE

[Voir troisième partie, annexe I, du présent *Annuaire*.]

Deuxième partie

**ÉTUDES ET RAPPORTS SUR DES
SUJETS ÉTUDIÉS PAR LA
COMMISSION**

I. ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL

A. Projet d'Aide-mémoire sur l'organisation des procédures arbitrales : rapport du Secrétaire général (A/CN.9/423) [original : anglais]

La Commission ayant décidé à sa vingt-sixième session, en 1993, de commencer de travailler sur cette question¹, le secrétariat a établi un document intitulé "Directives pour les conférences préparatoires dans le cadre des procédures arbitrales" (A/CN.9/396/Add.1), que la Commission a examiné à sa vingt-septième session, en 1994². Comme suite à cet examen, le secrétariat a établi un texte intitulé "Projet d'Aide-mémoire sur l'organisation des procédures arbitrales" (document A/CN.9/410). Le projet d'Aide-mémoire a été examiné à la vingt-huitième session de la Commission, en 1995³; sur la base de cet examen, le secrétariat a élaboré un projet d'aide-mémoire révisé, qui est présenté ci-après en annexe.

Annexe

[Pourrait être incluse à un emplacement approprié au début de la publication]

ORIGINE DE L'AIDE-MÉMOIRE

La Commission a mis au point l'Aide-mémoire à sa vingt-neuvième session (New York, 28 mai-14 juin 1996). Outre les 36 États membres de la Commission, les représentants de nombreux autres États et d'un certain nombre d'organisations internationales ont participé aux délibérations. Pour élaborer son projet de texte, le secrétariat a consulté des experts de différents systèmes juridiques, des organismes nationaux d'arbitrage, ainsi que des associations professionnelles internationales.

La Commission, après un débat initial sur le projet en 1993¹, a examiné en 1994 un projet intitulé "Directives pour les conférences préparatoires dans le cadre des procédures arbitrales"². Ce projet a également été examiné lors de plusieurs réunions de praticiens de l'arbitrage, notamment lors du douzième Congrès d'arbitrage international, organisé par le Conseil international pour l'arbitrage commercial (ICCA) à Vienne, du 3 au 6 novembre 1994³. Sur la base de cet examen au sein de la Commission et d'autres instances, le secrétariat

¹Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-huitième session, Supplément n° 17 (A/48/17), par. 291 à 296.

²Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, Supplément n° 17 (A/49/17), par. 111 à 195.

³Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 17 (A/50/17), par. 314 à 373.

¹Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-huitième session, Supplément n° 17 (A/48/17), par. 291 à 296.

²Le projet de directives a été publié sous la cote A/CN.9/396/Add.1 (il est reproduit dans l'*Annuaire de la CNUDCI*, vol. XXV : 1994, deuxième partie, IV); les débats de la Commission sont résumés dans le rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-septième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, Supplément n° 17 (A/49/17)* (reproduit dans l'*Annuaire de la CNUDCI*, vol. XXV : 1994, deuxième partie, IV), par. 111 à 195.

³Les actes du Congrès ont été publiés dans *Planning Efficient Arbitration Proceedings/The Law Applicable in International Arbitration*, ICCA Congress Series NE 7, Kluwer Law International, La Haye, 1996.

a établi un "Projet d'aide-mémoire sur l'organisation des procédures arbitrales"⁴. La Commission a examiné le projet d'aide-mémoire en 1995⁵, et un projet révisé en 1996⁶, année lors de laquelle l'Aide-mémoire a pris sa forme définitive⁷.

Projet d'Aide-mémoire sur l'organisation des procédures arbitrales

Objet de l'Aide-mémoire

1. L'Aide-mémoire a pour objet d'aider les praticiens de l'arbitrage en recensant et en décrivant brièvement les questions sur lesquelles il pourrait être utile de prendre en temps voulu des décisions à propos de l'organisation d'une procédure arbitrale. Le texte, établi essentiellement en vue d'arbitrages internationaux, peut être utilisé que l'arbitrage soit ou non organisé par une institution d'arbitrage.

Caractère non impératif de l'Aide-mémoire

2. L'Aide-mémoire n'énonce aucune exigence légale impérative pour les arbitres ou les parties. Le tribunal arbitral est libre de l'utiliser comme il le juge bon et il n'est pas tenu de se justifier s'il n'en tient pas compte.

3. L'Aide-mémoire ne saurait faire office de règlement d'arbitrage, car il n'oblige en rien le tribunal arbitral ou les parties à agir de telle ou telle manière. De ce fait, l'utilisation de l'Aide-mémoire n'entraînera aucune modification du règlement d'arbitrage dont les parties auront convenu.

Liberté d'organiser la procédure et utilité de l'adoption en temps utile de décisions relatives à son organisation

4. Sous réserve des dispositions de la législation régissant la procédure arbitrale, y compris les exigences fondamentales du droit processuel, le règlement d'arbitrage convenu par les parties donne en général au tribunal arbitral une grande latitude et lui permet de faire preuve de souplesse dans la conduite de la procédure⁸. Ainsi, le tribunal arbitral peut prendre des décisions sur l'organisation de la procédure tenant compte des circonstances de l'espèce, des attentes des parties et des membres du tribunal arbitral et de la nécessité de régler le litige équitablement et économiquement.

5. Le tribunal arbitral ayant cette latitude, il sera peut-être bon qu'il indique aux parties, en temps voulu, comment il compte procéder. Cela est particulièrement souhaitable dans les arbitrages internationaux, les participants pouvant être habitués à des styles de procédure différents. Sans de telles orientations, une partie pourra juger certains aspects de la procédure imprévisibles et éprouver des difficultés à s'y préparer. Cela peut conduire à des malentendus, à des retards et à une augmentation du coût de la procédure.

⁴Le projet d'aide-mémoire a été publié sous la cote A/CN.9/410 (il sera reproduit dans l'*Annuaire de la CNUDCI*, vol. XXVI : 1995, deuxième partie, III).

⁵*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 17 (A/50/17)*, par. 314 à 373.

⁶Le projet d'aide-mémoire révisé a été publié sous la cote A/CN.9/423 (et sera reproduit dans l'*Annuaire de la CNUDCI*, vol. XXVII : 1996, deuxième partie).

⁷...

⁸On notera en particulier le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, dont l'article 15-1 est libellé comme suit : "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."

Arbitrage multipartite

[Variante 1]

[Si cette variante est retenue, les paragraphes 87 à 89 (point 18) seront supprimés]

6. L'arbitrage bipartite et l'arbitrage multipartite (c'est-à-dire un arbitrage unique faisant intervenir plus de deux parties) ne sont pas différents pour ce qui est de la nécessité d'organiser la procédure arbitrale et des types de questions qui pourront être examinées à ce propos. Toutefois, étant donné qu'il faut traiter avec plus de deux parties, une procédure multipartite peut être plus complexe à gérer qu'une procédure bilatérale. Une autre différence, qui, toutefois, n'entre pas dans le champ d'application de l'Aide-mémoire, porte sur la rédaction de la convention d'arbitrage multipartite et la constitution du tribunal arbitral; en effet, ces deux questions peuvent susciter des problèmes particuliers en cas d'arbitrage multipartite. De ce fait, l'Aide-mémoire, qui se limite à signaler les questions qui pourront être examinées lors de l'organisation d'une procédure arbitrale, peut être utilisé tant dans une procédure bipartite que dans une procédure multipartite.

[Variante 2]

7. Le présent Aide-mémoire a été conçu non seulement pour les arbitrages avec deux parties, mais aussi pour les arbitrages avec trois parties ou plus. L'utilisation de l'Aide-mémoire dans les arbitrages multipartites est décrite ci-après aux paragraphes 87 à 89 (point 18).

La prise de décisions sur l'organisation des procédures arbitrales

8. Les décisions sur l'organisation de la procédure peuvent être prises par le tribunal arbitral avec ou sans consultation préalable des parties. La méthode choisie dépendra du point de savoir si, en fonction du type de décision à prendre, le tribunal arbitral considère que des consultations ne sont pas nécessaires, ou que de telles consultations seraient utiles pour rendre la procédure plus prévisible, ou pour en améliorer le climat.

9. Les consultations, qu'elles ne rassemblent que les arbitres ou qu'elles englobent également les parties, peuvent se tenir dans le cadre d'une ou plusieurs réunions, ou peuvent être assurées par correspondance ou par télécommunication (par exemple, fax ou téléphone-conférence). Les réunions peuvent se tenir au lieu de l'arbitrage ou dans un autre lieu approprié.

10. Dans certains arbitrages, une réunion spéciale peut être consacrée exclusivement à de telles consultations sur la procédure; les consultations peuvent aussi avoir lieu dans le cadre d'une audience portant sur le fond du litige. Les pratiques divergent quant à la tenue ou non de ces réunions spéciales et quant à la manière de les organiser. Les réunions spéciales sur la procédure, rassemblant les arbitres et les parties hors du cadre des audiences, sont désignées dans la pratique sous différents noms : "réunion préliminaire", "conférence avant audience", "conférence préparatoire", "examen avant audience", ou par des expressions similaires. Les termes utilisés dépendent notamment du stade de la procédure auquel la réunion a lieu.

Liste des questions qui pourraient être examinées dans le cadre de l'organisation de la procédure arbitrale

11. L'Aide-mémoire donne une liste, suivie d'annotations, des questions à propos desquelles le tribunal arbitral voudra peut-être prendre des décisions relatives à l'organisation de la procédure arbitrale.

12. Etant donné que les styles de procédure et les pratiques en matière d'arbitrage divergent largement et que l'Aide-mémoire n'a pas pour objet de promouvoir telle ou telle pratique, mais est conçu pour un usage universel, on s'est abstenu de décrire en détail les différentes pratiques arbitrales ou d'exprimer une préférence pour telle ou telle.

13. La liste, si elle n'est pas exhaustive, englobe néanmoins une large gamme de situations rencontrées dans l'arbitrage. Toutefois, dans de nombreux arbitrages, seul un nombre limité des questions mentionnées dans la liste devra être examiné. La détermination du ou des stades de la procédure auxquels il sera utile d'examiner les questions relatives à l'organisation de la procédure dépendra également des circonstances de l'espèce. En général,

afin d'éviter toute discussion superflue ou tout retard, il est recommandé de ne pas soulever une question prématurément, c'est-à-dire avant qu'il n'apparaisse clairement qu'une décision doit être prise.

14. Lorsqu'on utilisera l'Aide-mémoire, on gardera présent à l'esprit que la liberté qu'a le tribunal arbitral d'organiser la procédure peut être limitée par un règlement d'arbitrage ou par la loi applicable à la procédure. Lorsqu'un arbitrage est administré par une institution d'arbitrage, diverses questions traitées ici seront régies par les règles ou usages de cette institution.

LISTE DES QUESTIONS QUI POURRAIENT ETRE EXAMINÉES DANS LE CADRE DE
L'ORGANISATION DE LA PROCÉDURE ARBITRALE

	<i>Paragraphes</i>
1. Règlement d'arbitrage	15 - 17
Si les parties n'ont pas convenu d'un règlement d'arbitrage, souhaitent-elles le faire ? ..	15 - 17
2. Langue de la procédure	18 - 21
a) Une traduction, intégrale ou non, des documents sera-t-elle nécessaire ?	19
b) L'interprétation des présentations orales sera-t-elle nécessaire ?	20
c) Coût de la traduction et de l'interprétation	21
3. Lieu de l'arbitrage	22 - 24
a) Détermination du lieu de l'arbitrage, s'il n'a pas déjà été convenu par les parties ...	22 - 23
b) Possibilité d'organiser des réunions dans un lieu autre que le lieu de l'arbitrage ...	24
4. Services administratifs nécessaires, le cas échéant, pour que le tribunal arbitral puisse s'acquitter de ses fonctions	25 - 28
5. Provisions	29 - 31
a) Montant à déposer	29
b) Gestion des provisions	30
c) Provisions supplémentaires	31
6. Confidentialité des informations relatives à l'arbitrage; accord possible sur ce point	32 - 33
7. Transmission des communications écrites entre les parties et les arbitres	34 - 35
8. Télécopie et autres moyens électroniques de communications de documents	36 - 38
a) Télécopie	36
b) Autres moyens électroniques (par exemple, courrier électronique, disques magnétiques ou optiques)	37 - 38
9. Dispositions concernant l'échange de communications écrites	39 - 42
a) Calendrier de soumission des communications écrites	40 - 41
b) Communications consécutives ou simultanées	42
10. Détails pratiques concernant les communications écrites et les pièces (par exemple, copies, numérotation des pièces, référence à des documents, numérotation des paragraphes)	43
11. Définition des questions à régler; ordre de décisions à prendre; définition de la répartition ou du recours demandé	44 - 47
a) Faudrait-il établir une liste des questions à régler ?	44
b) Dans quel ordre les questions à régler devraient-elles être tranchées ?	45 - 46
c) Est-il nécessaire de définir plus précisément le recours ou la réparation demandés ?	47
12. Les négociations relatives à un règlement par accord des parties et leur effet sur la planification de la procédure	48

13.	Preuves documentaires	49 - 55
	a) Délais de soumission des preuves documentaires que comptent présenter les parties, conséquences d'une soumission tardive	49 - 50
	b) Le tribunal arbitral a-t-il l'intention de demander à une partie de produire des preuves documentaires ?	51 - 52
	c) Les affirmations quant à l'origine et à la réception des documents et quant à la conformité des photocopies devraient-elles être supposées exactes ?	53
	d) Les parties seront-elles disposées à présenter conjointement un ensemble unique de preuves documentaires ?	54
	e) Les preuves documentaires volumineuses et complexes devraient-elles être présentées sous forme de résumés, tableaux, graphiques, extraits ou spécimens ? ..	55
14.	Preuves matérielles autres que les documents	56 - 59
	a) Dispositions à prendre en vue de la soumission de preuves matérielles	57
	b) Dispositions à prendre si une inspection sur place est nécessaire	58 - 59
15.	Témoins	60 - 69
	a) Communication préalable concernant un témoin qu'une partie a l'intention de présenter : déclarations écrites de témoins	61 - 63
	b) Manière de procéder à l'interrogation des témoins	64 - 66
	i) Ordre dans lequel les questions sont posées et manière dont l'audition des témoins est conduite	64
	ii) Cas où une déclaration orale est faite sous serment et forme sous laquelle le serment doit alors être prêté	65
	iii) Les témoins peuvent-ils ou non être présents dans la salle d'audience lorsqu'ils ne déposent pas ?	66
	c) Ordre dans lequel les témoins seront appelés	67
	d) Interrogation de témoins avant leur comparution	68
	e) Audition de représentants d'une partie	69
16.	Experts et témoignages d'experts	70 - 74
	a) Expert désigné par le tribunal arbitral	71 - 73
	i) Mandat de l'expert	72
	ii) Possibilité pour les parties de faire des observations sur le rapport de l'expert, y compris en présentant un témoignage d'expert	73
	b) Présentation d'un avis d'expert par une partie (témoignage d'expert)	74
17.	Audiences	75 - 86
	a) Décision de tenir ou non des audiences	75 - 76
	b) Vaut-il mieux tenir une série continue d'audiences ou des séries d'audiences séparées ?	77
	c) Fixation de dates pour les audiences	78
	d) Devrait-il y avoir une limite globale quant au temps dont disposera chaque partie pour présenter des exposés oraux et interroger des témoins ?	79 - 80
	e) Ordre dans lequel les parties présenteront leurs arguments et leurs preuves	81
	f) Durée des audiences	82
	g) Dispositions relatives à l'établissement d'un procès-verbal des audiences	83 - 84
	h) Possibilité pour les parties de soumettre des notes résumant leurs exposés oraux et moment de la remise de ces notes	85 - 86
18.	Arbitrage multipartite	87 - 89
19.	Conditions éventuelles à remplir pour le dépôt ou la remise de la sentence	90 - 91
	Qui devra faire le nécessaire pour que les conditions soient remplies ?	91

ANNOTATIONS

1. Règlement d'arbitrage

Si les parties n'ont pas convenu d'un règlement d'arbitrage, souhaitent-elles le faire ?

15. Parfois, les parties n'ayant pas inclus dans leur convention d'arbitrage une disposition aux termes de laquelle la procédure arbitrale sera régie par un règlement d'arbitrage donné, souhaiteront le faire après l'ouverture de la procédure. Dans ce cas, le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI pourra être utilisé, soit sans modification, soit avec les modifications dont les parties voudront convenir. Les parties pourront aussi souhaiter adopter les règles d'une institution d'arbitrage, auquel cas il sera nécessaire d'obtenir l'accord de cette institution et d'énoncer les conditions dans lesquelles l'arbitrage pourra être mené conformément aux règles de cette institution.

16. Toutefois, il faudra faire preuve de prudence, car l'examen d'un règlement d'arbitrage risquera de retarder la procédure ou de susciter des controverses inutiles.

17. On notera qu'un accord sur le règlement d'arbitrage n'est pas nécessaire et que, si les parties ne conviennent pas d'un tel règlement, le tribunal arbitral est habilité à poursuivre la procédure et à déterminer, en fonction de la loi régissant la procédure arbitrale, la manière dont la procédure sera menée.

2. Langue de la procédure

18. De nombreux règlements et lois relatifs à la procédure arbitrale habilent le tribunal arbitral à déterminer la langue ou les langues à utiliser dans la procédure, si les parties ne se sont pas accordées sur ce point.

a) Une traduction, intégrale ou non, des documents sera-t-elle nécessaire ?

19. Certains documents joints à la requête et à la réponse ou soumis ultérieurement peuvent ne pas être dans la langue de la procédure. On pourra étudier si le tribunal arbitral devrait ordonner que certains de ces documents ou des sections de ces documents soient accompagnés d'une traduction dans la langue de la procédure. Les documents qui, pour des raisons d'économie, n'ont sans doute pas à être traduits, ou peuvent n'être traduits que partiellement, sont, par exemple, les dossiers commerciaux (notamment les factures, les documents de transport, les dossiers de construction) ou des textes concernant la législation applicable au fond du litige (par exemple, lois, décisions judiciaires ou commentaires).

b) L'interprétation des présentations orales sera-t-elle nécessaire ?

20. Lorsqu'une interprétation est nécessaire durant les audiences, il est bon d'étudier si les arrangements à prendre en la matière relèveront de la responsabilité d'une partie ou du tribunal arbitral. Dans un arbitrage institutionnel, les services d'interprétation et de traduction sont souvent confiés à l'institution d'arbitrage.

c) Coût de la traduction et de l'interprétation

21. Lorsque des décisions sont prises à propos de la traduction ou de l'interprétation, il est bon de déterminer si certaines dépenses, ou l'ensemble des dépenses, devront être payées directement par une partie ou seront payées au moyen des provisions, puis réparties entre les parties, de même que les autres frais de l'arbitrage.

3. Lieu de l'arbitrage

a) Détermination du lieu de l'arbitrage, s'il n'a pas déjà été convenu par les parties

22. Les règlements d'arbitrage autorisent en général les parties à convenir du lieu de l'arbitrage, étant entendu que certaines institutions d'arbitrage exigent qu'un arbitrage administré par elles soit organisé dans un lieu particulier, normalement l'emplacement de l'institution. Si le lieu n'a pas été ainsi convenu, les règles régissant l'arbitrage disposent en général que le tribunal arbitral, ou l'institution administrant l'arbitrage, est habilité à le

déterminer. Si le tribunal arbitral doit choisir le lieu, il souhaitera peut-être entendre l'avis des parties avant de trancher.

23. Diverses considérations de fait et facteurs juridiques influent sur le choix du lieu de l'arbitrage et leur importance relative varie selon les cas. Ces considérations et facteurs sont notamment les suivants : *a)* caractère approprié de la loi du lieu de l'arbitrage applicable à la procédure arbitrale; *b)* existence ou non d'un traité multilatéral ou bilatéral relatif à l'exécution des sentences arbitrales entre l'État où l'arbitrage a lieu et l'État, ou les États, où la sentence devra sans doute être exécutée; *c)* commodité pour les parties et les arbitres, compte tenu en particulier des distances à parcourir; *d)* disponibilité et coût des services d'appui requis; *e)* emplacement de l'objet du litige et proximité des éléments de preuve.

b) Possibilité d'organiser des réunions dans un lieu autre que le lieu de l'arbitrage

24. De nombreux règlements et lois relatifs à la procédure arbitrale autorisent expressément le tribunal arbitral à organiser des réunions dans un lieu autre que le lieu d'arbitrage. Par exemple, en vertu de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, "le tribunal arbitral peut, sauf convention contraire des parties, se réunir en tout lieu qu'il jugera approprié pour l'organisation de consultations entre ses membres, l'audition des témoins, des experts ou des parties, ou pour l'inspection de marchandises, d'autres biens ou de pièces" (article 20-2). Cette latitude est donnée au tribunal, afin que la procédure arbitrale puisse être menée de la manière la plus efficace et la plus économique.

4. Services administratifs nécessaires, le cas échéant, pour que le tribunal arbitral puisse s'acquitter de ses fonctions

25. Divers services administratifs (par exemple, salles d'audiences ou services de secrétariat) sont parfois nécessaires pour que le tribunal arbitral puisse s'acquitter de ses fonctions. Lorsque des parties ont soumis leur litige à une institution d'arbitrage, celle-ci fournira en général la totalité ou une bonne partie de l'appui administratif requis. Lorsqu'un arbitrage administré par une institution d'arbitrage a lieu hors du siège de cette institution, cette dernière peut faire en sorte que les services administratifs requis soient obtenus auprès d'une autre source, souvent une autre institution d'arbitrage; certaines institutions ont conclu des accords de coopération aux termes desquels elles se fournissent une assistance mutuelle pour assurer le service des procédures arbitrales.

26. Lorsque l'arbitrage n'est pas administré par une institution, ou que l'institution ne fournit pas de services administratifs, les dispositions en la matière sont en général prises par le tribunal arbitral ou par l'arbitre président; il est également acceptable de confier certains de ces arrangements aux parties, ou encore à l'une des parties, à condition que l'autre partie, ou les autres parties, l'acceptent. Même dans ces cas, les institutions d'arbitrage peuvent être une source utile de services administratifs, car elles mettent souvent leurs moyens à la disposition d'arbitrages non régis par leur règlement. Sinon, certains services peuvent être obtenus auprès d'entités telles que des chambres de commerce, des hôtels ou des entreprises spécialisées fournissant des services de secrétariat et autres services d'appui.

27. A cette fin, on peut également recruter un secrétaire du tribunal arbitral (également désigné sous le nom de greffier, clerc, administrateur ou rapporteur), qui s'acquittera de ces tâches sous le contrôle du tribunal arbitral. Certaines institutions d'arbitrage affectent régulièrement de telles personnes aux arbitrages qu'elles administrent. Dans les arbitrages non institutionnels, ou lorsque l'institution d'arbitrage n'a pas nommé de secrétaire, certains arbitres recrutent souvent des secrétaires, du moins pour certains types d'affaires, alors que d'autres s'en abstiennent en général.

28. Dans la mesure où la tâche du secrétaire est purement administrative (consistant, par exemple, à obtenir une salle de réunion ou à coordonner les services de secrétariat), cette question ne fait en général pas l'objet de controverses. Des divergences de vues peuvent toutefois apparaître si la tâche du secrétaire consiste également à effectuer des recherches juridiques et à fournir tout autre type d'assistance professionnelle au tribunal arbitral (par exemple, recueillir des décisions de justice ou des commentaires publiés sur des questions juridiques définies par un tribunal arbitral, établir des résumés de décisions de justice et de publications et, parfois, élaborer des projets de décisions de procédure ou des projets relatifs à certaines sections de la sentence, notamment celles concernant les faits). Les avis ou les attentes peuvent diverger, notamment lorsque la tâche du secrétaire est

similaire aux fonctions des arbitres. Un tel rôle est considéré comme inapproprié par certains commentateurs, ou comme approprié à certaines conditions seulement, notamment l'accord des parties.

5. Provisions

a) *Montant à déposer*

29. Dans un arbitrage institutionnel, l'institution fixe souvent, sur la base d'une estimation du coût de la procédure, le montant à déposer en tant qu'avance sur les coûts de l'arbitrage. Dans d'autres cas, il est d'usage que le tribunal arbitral procède à une telle estimation et demande une provision. L'estimation englobe en général les frais de voyage et autres frais encourus par les arbitres, le coût des avis d'experts, les dépenses au titre de l'assistance administrative requise par le tribunal arbitral et les honoraires des arbitres. De nombreux règlements d'arbitrage énoncent des dispositions en la matière, indiquant notamment si la provision devra être versée par les deux parties (ou toutes les parties dans un arbitrage multipartite) ou par le seul requérant.

b) *Gestion des provisions*

30. Dans un arbitrage institutionnel, la gestion et la comptabilisation des sommes déposées peut compter parmi les services fournis par l'institution. Si ce n'est pas le cas, il peut être utile de préciser des questions telles que le type et l'emplacement du compte sur lequel les provisions seront versées et la manière dont elles seront gérées.

c) *Provisions supplémentaires*

31. Si, durant la procédure il apparaît que les frais seront plus élevés que prévu, des provisions supplémentaires pourront être requises (par exemple, si le tribunal arbitral décide, en application du règlement d'arbitrage, de nommer un expert).

6. Confidentialité des informations relatives à l'arbitrage; accord possible sur ce point

32. Il est dans une large mesure considéré que la confidentialité est un des aspects essentiels et les plus utiles de l'arbitrage. Néanmoins, les participants à un arbitrage peuvent avoir des idées différentes quant au degré de confidentialité requis. Comme les règlements d'arbitrage comportent rarement des dispositions détaillées sur la confidentialité, le tribunal arbitral voudra peut-être examiner cette question avec les parties et, si cela est jugé approprié, énoncer tout principe convenu concernant l'obligation de confidentialité.

33. Un accord en la matière pourrait par exemple porter sur un ou plusieurs des points suivants : documents ou informations devant être gardés confidentiels (par exemple, éléments de preuve, exposés écrits et oraux, fait que l'arbitrage a lieu, identité des arbitres, teneur de la sentence); mesures à prendre pour préserver la confidentialité des informations et des audiences; procédures particulières à suivre pour préserver la confidentialité de l'information transmise par des moyens électroniques (par exemple, dans le cas où des équipements de communication sont communs à plusieurs usagers, ou lorsque le courrier électronique passant par des réseaux publics est considéré comme insuffisamment protégé contre tout accès non autorisé); circonstances dans lesquelles des informations confidentielles peuvent être divulguées partiellement ou intégralement (par exemple, dans le contexte de la divulgation d'informations du domaine public ou si la loi ou un organe réglementaire l'exige).

7. Transmission des communications écrites entre les parties et les arbitres

34. Dans la mesure où la manière dont les documents et les autres communications écrites devront être transmis entre les parties et les arbitres n'est pas abordée dans le règlement convenu ou, en cas d'arbitrage institutionnel, n'est pas prévue par la pratique de l'institution, il est utile que le tribunal arbitral précise cette question suffisamment tôt, afin d'éviter tout malentendu et tout retard.

35. Différents types de transmission sont possibles : une partie peut transmettre le nombre approprié de copies au tribunal arbitral, ou à l'institution d'arbitrage, le cas échéant, qui les communique de la manière appropriée. Une partie peut aussi envoyer des copies simultanément aux arbitres et à l'autre partie ou aux autres parties. La

transmission de documents et de communications écrites par le tribunal arbitral ou l'arbitre président à une ou plusieurs parties peut également se faire d'une manière déterminée, par exemple par le biais de l'institution d'arbitrage, ou directement. Pour certaines communications, notamment celles qui traitent de questions d'organisation (par exemple, la date des audiences), on peut s'accorder sur des modes de communication plus directs, même si, par exemple, l'institution d'arbitrage fait office d'intermédiaire pour des documents tels que la requête et la réponse, les pièces ou les arguments écrits.

8. Télécopie et autres moyens électroniques de communications de documents

a) *Télécopie*

36. La télécopie offre certes de nombreux avantages par rapport aux moyens traditionnels de communication, mais il est conseillé de vérifier si le matériel utilisé offre des garanties satisfaisantes pour ce qui est, par exemple, de la vérification de la source d'un message ou de la découverte d'une erreur. Compte tenu de ces considérations, il pourra être décidé que certains types de documents (par exemple, les pièces écrites) ne seront pas envoyés par télécopie ou que certains messages télécopiés devront être confirmés par courrier ou par expédition des documents dont la copie a été transmise par des moyens électroniques. Néanmoins, afin de faciliter les choses lorsque certains documents ne peuvent être envoyés par télécopie, il peut être bon que le tribunal arbitral reste libre d'accepter une copie préliminaire d'un document par télécopie, lorsqu'il s'agit de respecter une date limite, à condition que le document lui-même soit reçu ultérieurement dans un délai raisonnable.

b) *Autres moyens électroniques (par exemple, courrier électronique, disques magnétiques ou optiques)*

37. Il peut être convenu que les documents, ou certains d'entre eux, seront échangés non seulement sur papier, mais également sous une forme électronique autre que la télécopie (par exemple, par courrier électronique ou sur des disques magnétiques ou optiques), voire uniquement sous forme électronique. Comme cela suppose que les personnes intéressées soient aptes à utiliser les équipements et les logiciels voulus et en disposent, un accord est nécessaire à cette fin. Si l'on doit utiliser à la fois des documents sur papier et des moyens électroniques, il est bon de décider lesquels seront déterminants et, si une date limite est fixée pour la soumission d'un document, quel acte aura valeur de soumission.

38. Lorsqu'il est prévu d'échanger des documents sous forme électronique, il est utile, afin d'éviter tout problème technique, de convenir notamment des questions suivantes : les supports de données (par exemple, disques informatiques ou courrier électronique) et leurs caractéristiques techniques; les logiciels à utiliser pour établir les dossiers électroniques; les instructions à suivre pour transformer des dossiers électroniques en documents lisibles par l'homme; la tenue de registres et l'établissement de copies de sauvegarde des communications reçues et envoyées; les informations visibles devant accompagner les disques (par exemple, les noms de l'expéditeur et du destinataire, le logiciel utilisé, les titres des fichiers électroniques et les méthodes de sauvegarde utilisées); les procédures à appliquer lorsqu'un message est perdu ou que le système de communication ne fonctionne pas pour toute autre raison; et l'identification des personnes à contacter en cas de problème.

9. Dispositions concernant l'échange de communications écrites

39. Après que les parties ont présenté leur requête et leur réponse, elles peuvent être désireuses - ou le tribunal arbitral peut leur demander - de présenter de nouvelles communications écrites qui permettront de préparer les audiences, ou serviront de base à une décision prise sans audience. Dans ces communications, les parties peuvent, par exemple, présenter des allégations et des éléments de preuve ou faire des commentaires à ce propos, citer ou expliquer des règles de droit, ou faire des propositions ou y répondre. Dans la pratique, ces communications portent différents noms : par exemple, déclaration, mémoire, contre-mémoire, conclusion, réponse, réplique, duplique, etc.; la terminologie utilisée dépend des usages linguistiques, ainsi que de la portée et de l'ordre chronologique des communications.

a) *Calendrier de soumission des communications écrites*

40. Il est bon que le tribunal arbitral fixe des dates limites pour la soumission de communications écrites. En imposant ces dates limites, le tribunal arbitral voudra peut-être, d'une part, veiller à ce que l'affaire ne soit pas indûment retardée et, d'autre part, se réserver le droit, dans une certaine mesure, de permettre la soumission tardive de communications si les circonstances le justifient. Dans certains cas, le tribunal arbitral pourra préférer ne pas planifier à l'avance la soumission de communications écrites; cette question et celle des délais seront alors tranchées en fonction de l'évolution de la procédure. Dans d'autres cas, le tribunal arbitral pourra souhaiter déterminer, lorsqu'il établira le calendrier de soumission des premières communications écrites, le nombre de communications ultérieures.

41. La pratique diffère sur le point de savoir si, après que les audiences ont eu lieu, les communications écrites sont toujours acceptables. Certains tribunaux arbitraux considèrent que les communications écrites présentées après les audiences ne sont pas acceptables, alors que d'autres pourront demander ou autoriser des communications après audience sur une question particulière. Certains tribunaux arbitraux se conforment à la pratique selon laquelle les parties n'ont pas à présenter des preuves et des arguments juridiques écrits avant les audiences; dans ce cas, le tribunal arbitral pourra juger approprié que des communications écrites soient soumises après les audiences.

b) Communications consécutives ou simultanées

42. Les communications écrites sur une question peuvent être présentées consécutivement, c'est-à-dire que la partie recevant une communication se voit accorder un délai donné pour réagir en présentant sa réponse. Il est possible également de demander à chaque partie de présenter sa communication dans le même délai au tribunal arbitral ou à l'institution administrant l'arbitrage; les communications reçues sont alors transmises simultanément à l'autre partie ou aux autres parties. L'approche retenue pourra dépendre du type de questions à traiter et du délai dans lequel les avis doivent être précisés. Lorsque les communications sont présentées consécutivement, il faut en général plus longtemps pour obtenir les avis des parties sur une question donnée. Toutefois, des communications consécutives permettent à la partie présentant sa réponse de faire des observations sur toutes les questions soulevées par l'autre partie ou les autres parties, ce qui n'est pas possible dans le cas des communications simultanées; de ce fait, si les communications sont présentées simultanément, il faudra sans doute envisager une nouvelle série de communications.

10. Détails pratiques concernant les communications écrites et les pièces (par exemple, copies, numérotation des pièces, référence à des documents, numérotation des paragraphes)

43. En fonction du volume du type de documents à traiter, on pourra juger qu'il serait utile de prendre des dispositions pratiques concernant notamment les détails suivants :

- Nombre de copies de chaque document à soumettre;
- Système de numérotation des pièces et méthode de marquage, notamment par étiquetage;
- Forme des références à des documents (par exemple, titre et numéro du document, ou sa date);
- Numérotation des paragraphes des communications écrites, afin qu'il soit plus facile de faire référence à telle ou telle partie d'un texte;
- Inclusion des traductions dans le même volume que les textes originaux ou dans des volumes distincts.

11. Définition des questions à régler : ordre de décisions à prendre; définition de la réparation ou du recours demandés

a) Faudrait-il établir une liste des questions à régler ?

44. Lorsqu'il examinera les arguments et allégations des parties, le tribunal arbitral pourra juger utile, pour lui-même ou pour les parties, d'établir, à des fins d'analyse et pour faciliter le débat, une liste des questions à régler, par opposition à celles qui ne sont pas contestées. S'il détermine que les avantages d'une telle méthode l'emportent sur les inconvénients (par exemple, retards ou atteinte à la souplesse de la procédure), le tribunal arbitral choisira pour ce faire l'étape appropriée de la procédure, étant entendu que l'évolution ultérieure de la procédure pourra exiger une révision de ces questions. Cette détermination des questions à régler permettra sans

doute de se concentrer sur les questions essentielles, de réduire par accord des parties le nombre de questions à régler et de choisir la méthode la plus efficace et la plus économique de règlement du litige.

b) *Dans quel ordre les questions à régler devraient-elles être tranchées ?*

45. Il est souvent bon de traiter collectivement de toutes les questions à régler, mais le tribunal arbitral pourra décider de les aborder durant la procédure dans un ordre donné. En effet, une question peut être préliminaire par rapport à une autre (par exemple, une décision sur la compétence du tribunal arbitral passe avant l'examen de questions de fond, ou la question de la responsabilité en cas de rupture d'un contrat passe avant celle des dommages-intérêts y relatifs). On peut également adopter un ordre particulier lorsque la rupture de plusieurs contrats est invoquée ou lorsque des dommages-intérêts découlant de faits différents sont demandés.

46. Si le tribunal arbitral a adopté un ordre particulier pour l'examen des questions à régler, il pourra juger approprié de trancher une question avant les autres. Cela peut être le cas, par exemple, lorsqu'un élément distinct d'une réclamation peut déjà être tranché, alors que d'autres exigent encore un examen approfondi, ou lorsque l'on escompte qu'après que certaines questions auront été tranchées, les parties seront davantage disposées à régler les autres. Ces décisions préalables sont parfois désignées sous le nom de sentences ou décisions "partielles" "interlocutoires" ou "provisoires", selon le type de question traitée et selon que la décision est ou non définitive pour ce qui est de la question traitée. Ces décisions peuvent par exemple porter sur la compétence du tribunal arbitral, sur des mesures provisoires ou conservatoires, ou sur la responsabilité du défendeur.

c) *Est-il nécessaire de définir plus précisément le recours ou la réparation demandés ?*

47. Si le tribunal arbitral considère que le recours ou la réparation demandés ne sont pas suffisamment précis, il pourra souhaiter expliquer aux parties avec quel degré de précision elles doivent formuler leurs demandes. Ces explications seront sans doute utiles car les critères relatifs au degré de précision de la réparation ou du recours demandés ne sont pas uniformes.

12. Les négociations relatives à un règlement par accord des parties et leur effet sur la planification de la procédure

48. Les attitudes divergent sur le point de savoir s'il est approprié pour le tribunal arbitral d'évoquer la possibilité d'un règlement par accord des parties. De ce fait, le tribunal arbitral devra faire preuve d'une grande prudence s'il souhaite suggérer des négociations en vue d'un tel règlement. Toutefois, il peut être bon que le tribunal arbitral planifie la procédure de manière à faciliter la poursuite ou l'ouverture de négociations en vue d'un règlement par accord des parties.

13. Preuves documentaires

a) *Délais de soumission des preuves documentaires que comptent présenter les parties, conséquences d'une soumission tardive*

49. Souvent, les communications écrites des parties comportent suffisamment d'informations pour que le tribunal arbitral puisse fixer le délai requis pour la soumission des preuves. Dans le cas contraire, afin de fixer un délai réaliste, le tribunal arbitral voudra peut-être déterminer avec les parties le temps dont elles auront besoin.

50. Le tribunal arbitral voudra peut-être préciser que les preuves soumises tardivement ne seront en règle générale pas acceptées. Toutefois, il ne voudra sans doute pas s'interdire d'accepter une preuve soumise tardivement si le retard est justifié.

b) *Le tribunal arbitral a-t-il l'intention de demander à une partie de produire des preuves documentaires ?*

51. Les procédures et les pratiques divergent largement pour ce qui est des conditions dans lesquelles le tribunal arbitral peut exiger d'une partie qu'elle produise des documents. C'est pourquoi, le tribunal arbitral pourra juger utile, lorsque le règlement d'arbitrage convenu n'énonce pas de conditions particulières, de préciser aux parties de quelle manière il compte procéder.

52. Le tribunal pourra souhaiter fixer des délais pour la production de documents. Il pourra rappeler aux parties que, si la partie requise, dûment invitée à produire des preuves documentaires, ne le fait pas dans le délai fixé sans donner une justification suffisante, il sera libre de tirer ses propres conclusions et de prononcer la sentence sur la base des preuves qui lui auront été présentées.

c) Les affirmations quant à l'origine et à la réception des documents et quant à la conformité des photocopies devraient-elles être supposées exactes ?

53. Il peut être utile au tribunal arbitral d'informer les parties qu'il compte mener la procédure en se fondant sur les hypothèses suivantes, à moins qu'une partie n'émette une objection à propos de telle ou telle de ces hypothèses dans un délai spécifié : *a)* un document est accepté comme émanant de la source qui y est indiquée; *b)* une copie d'une communication expédiée (par exemple une lettre, un télex ou un fax) est acceptée sans autre preuve comme ayant été reçue par le destinataire; et *c)* une photocopie est acceptée comme conforme. Une déclaration à cet effet du tribunal arbitral peut simplifier la présentation de preuves documentaires et dissuader des parties d'émettre des objections infondées et dilatoires, à un stade avancé de la procédure, quant à la valeur probante des documents. Il est bon de préciser que le délai requis pour la présentation d'objections ne sera pas pris en compte si le tribunal arbitral considère que le retard est justifié.

d) Les parties seront-elles disposées à présenter conjointement un ensemble unique de preuves documentaires ?

54. Les parties pourront envisager de soumettre conjointement un ensemble unique de preuves documentaires dont l'authenticité n'est pas contestée. On pourra ainsi éviter les doubles emplois et des débats superflus sur l'authenticité des documents, sans préjudice de la position des parties quant à la teneur de ces documents. Des documents supplémentaires pourront être insérés ultérieurement si les parties en conviennent. Lorsqu'un ensemble unique de documents est trop volumineux pour être aisément exploitable, il peut être bon de sélectionner un certain nombre de documents fréquemment utilisés et d'établir un jeu de documents "de travail". Il peut être pratique de classer les documents par ordre chronologique ou par sujet. Il est utile d'établir une table des matières, indiquant par exemple les titres abrégés et les dates des documents, et de disposer que les parties se référeront à ces documents en mentionnant ces titres et dates.

e) Les preuves documentaires volumineuses et complexes devraient-elles être présentées sous forme de résumés, tableaux, graphiques, extraits ou spécimens ?

55. Lorsqu'une preuve documentaire est volumineuse et complexe, il est possible d'économiser du temps et de l'argent en présentant cette preuve sous forme de rapport d'une personne compétente (par exemple, expert-comptable ou ingénieur-conseil). Le rapport peut présenter des conclusions sous forme de résumés, tableaux, graphiques, extraits ou spécimens. La présentation de preuves de cet ordre devrait être associée à des dispositions permettant à la partie intéressée d'examiner les données originales, ainsi que la méthode utilisée pour établir le rapport.

14. Preuves matérielles autres que les documents

56. Dans certains arbitrages, le tribunal est appelé à évaluer des preuves matérielles autres que des documents, par exemple, en inspectant des échantillons de marchandises, en visionnant un enregistrement vidéo ou en observant le fonctionnement d'une machine.

a) Dispositions à prendre en vue de la soumission de preuves matérielles

57. Si des preuves matérielles doivent être soumises, le tribunal arbitral peut souhaiter fixer un calendrier pour leur présentation, prendre des dispositions pour que l'autre partie ou les autres parties aient la possibilité de se préparer pour la présentation des preuves et prendre éventuellement des mesures pour préserver les éléments de preuve.

b) Dispositions à prendre si une inspection sur place est nécessaire

58. Si une inspection sur place de biens ou de marchandises doit avoir lieu, le tribunal arbitral peut examiner des questions telles que la date et le lieu des inspections et la nécessité d'éviter les communications entre les arbitres et une partie sur des points litigieux en l'absence de l'autre partie ou des autres parties.

59. Le site à inspecter est souvent sous le contrôle de l'une des parties, ce qui signifie généralement que les employés ou les représentants de cette partie seront présents pour donner des indications et des explications. Il faut garder à l'esprit que les déclarations de ces représentants ou employés faites durant de telles inspections sur place, à la différence des déclarations que ces personnes pourront faire en tant que témoins lors d'une audience, ne doivent pas être considérées comme des preuves dans le cadre de la procédure.

15. Témoins

60. Les lois et règlements relatifs à la procédure arbitrale laissent en général beaucoup de latitude en ce qui concerne la manière dont sont reçus les témoignages et, dans la pratique, les façons de procéder sont diverses. Afin de faciliter la préparation des parties pour les audiences, le tribunal arbitral pourra juger approprié de préciser, avant ces audiences, certains des points suivants ou la totalité de ces points.

a) Communication préalable concernant un témoin qu'une partie a l'intention de présenter : déclarations écrites de témoins

61. Dans la mesure où le règlement d'arbitrage applicable n'aborde pas la question, le tribunal arbitral pourra demander que chaque partie soumette à l'avance au tribunal arbitral et à l'autre partie ou aux autres parties une communication concernant tout témoin qu'elle entend présenter. On pourra prévoir qu'une telle communication contienne par exemple, outre le nom et l'adresse des témoins, les éléments suivants : *a)* le sujet sur lequel les témoins feront leur déclaration; *b)* la langue dans laquelle ils la feront; *c)* la nature de leur relation avec l'une quelconque des parties, leurs qualifications et leur expérience, dans la mesure où elles ont un rapport avec le litige ou le témoignage, et la manière dont ils ont eu connaissance des faits sur lesquels ils doivent faire leur déclaration. Toutefois, une telle notification peut ne pas être nécessaire, en particulier si l'objet du témoignage ressort clairement des allégations de la partie.

62. Certains praticiens sont favorables à la méthode selon laquelle la partie présentant un témoignage soumet une déclaration signée du témoin contenant le témoignage. On notera toutefois qu'une telle méthode, qui suppose une entrevue entre le témoin et la partie présentant le témoignage, n'est pas connue dans toutes les régions du monde et qu'en outre, certains praticiens la désapprouvent, au motif que de tels contacts entre la partie et le témoin peuvent compromettre la crédibilité du témoignage et sont donc à éviter (voir ci-après par. 68). Nonobstant ces réserves, le témoignage signé présente des avantages : il peut hâter la procédure en permettant à la partie ou aux parties adverses de mieux se préparer pour les audiences; en outre, les parties sont ainsi mieux à même de déterminer les questions non contestées. Toutefois, il se peut que les inconvénients du témoignage écrit, notamment le temps et les dépenses nécessaires pour l'obtenir, l'emportent sur ses avantages.

63. Si la déclaration signée d'un témoin doit être assermentée, ou si sa véracité doit être confirmée de manière similaire, il peut être nécessaire de préciser devant qui le serment ou la confirmation doivent être faits et si une authentification officielle sera requise par le tribunal arbitral.

b) Manière de procéder à l'interrogation des témoins

i) Ordre dans lequel les questions sont posées et manière dont l'audition des témoins est conduite

64. Dans la mesure où le règlement applicable ne donne pas de réponse en la matière, il peut être utile que le tribunal arbitral précise la manière dont les témoins seront entendus. Selon une des diverses méthodes possibles, le témoin est d'abord interrogé par le tribunal arbitral, après quoi il est interrogé par les parties, en commençant par celle qui l'a présenté. Selon une autre méthode, le témoin est interrogé par la partie l'ayant présenté, puis par l'autre ou les autres parties, le tribunal arbitral ayant la possibilité de poser lui-même des questions après les parties sur les points qui, à son avis, n'ont pas été suffisamment clarifiés. Le degré de contrôle du tribunal

arbitral sur l'audition des témoins varie lui aussi. C'est ainsi que certains arbitres préfèrent laisser aux parties la possibilité de poser librement et directement des questions au témoin, mais peuvent écarter une question si une partie élève une objection. D'autres arbitres tendent à exercer un contrôle plus rigoureux et peuvent écarter une question de leur propre initiative, voire demander que les questions des parties soient posées par l'intermédiaire du tribunal arbitral.

ii) Cas où une déclaration orale est faite sous serment et forme sous laquelle le serment doit alors être prêté

65. Les pratiques et les lois diffèrent quant à la question de savoir si le témoignage oral doit être ou non fait sous serment. Dans certains systèmes juridiques, les arbitres sont habilités à faire prêter serment aux témoins, mais c'est généralement à eux qu'il appartient d'en décider. Dans d'autres systèmes, le témoignage oral sous serment est inconnu, voire considéré comme irrégulier, car seul un juge ou un notaire peuvent avoir qualité pour faire prêter serment.

iii) Les témoins peuvent-ils ou non être présents dans la salle d'audience lorsqu'ils ne déposent pas ?

66. Certains arbitres sont favorables à la règle selon laquelle, sauf circonstances particulières, la présence d'un témoin dans la salle d'audience doit être limitée au temps pendant lequel il fait sa déposition. Le but recherché est d'éviter que les témoins soient influencés par ce qui est dit dans la salle d'audience, ou d'empêcher que la présence du témoin influence d'autres témoins. D'autres arbitres considèrent 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 d'autres méthodes possibles, les témoins ne sont pas présents dans la salle d'audience avant d'être appelés à témoigner, mais ils y restent après avoir fait leur déposition, ou le tribunal arbitral peut se prononcer sur ce point au cas par cas, en fonction de ce qu'il juge approprié. Il peut décider de la procédure à suivre pendant les audiences ou bien donner des indications sur la question avant les audiences.

c) Ordre dans lequel les témoins seront appelés

67. Lorsque plusieurs témoins doivent être entendus et que l'on s'attend à des dépositions assez longues, il est probablement possible de réduire les frais en déterminant à l'avance l'ordre dans lequel ces témoins feront leur déposition. Chaque partie pourra 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.

d) Interrogation de témoins avant leur comparution

68. Dans certains systèmes juridiques, les parties ou leurs représentants sont autorisés à interroger les témoins, avant que ceux-ci comparaissent à l'audience, sur le souvenir qu'ils ont des faits pertinents, leur expérience, leurs qualifications ou leurs liens avec un participant à la procédure. Dans d'autres systèmes, de tels contacts avec les témoins sont considérés comme irréguliers. Afin d'éviter tout malentendu, le tribunal arbitral pourra juger utile de préciser quel type de contacts une partie est autorisée à avoir avec un témoin pour préparer les audiences.

e) Audition de représentants d'une partie

69. Dans certains systèmes juridiques, certaines personnes associées à une partie ne peuvent être entendues que comme représentants de cette partie, et non comme témoins. En pareil cas, il peut être nécessaire d'examiner les critères à appliquer pour déterminer quelles personnes ne sont pas autorisées à témoigner (par exemple, certains cadres, employés ou agents) et pour interroger ces personnes.

16. Experts et témoignages d'experts

70. De nombreux règlements d'arbitrage et lois sur la procédure arbitrale traitent de la participation d'experts à la procédure arbitrale. Souvent, le tribunal arbitral a le pouvoir de désigner un expert chargé de faire un rapport sur des questions déterminées par le tribunal; en outre, les parties peuvent être autorisées à présenter des

témoignages d'experts sur des points en litige. Dans d'autres cas, c'est aux parties qu'il appartient de présenter des témoignages d'experts, le tribunal arbitral n'étant pas alors censé désigner un expert.

a) *Expert désigné par le tribunal arbitral*

71. Si le tribunal arbitral est habilité à désigner un expert, il peut, soit le faire directement, soit consulter les parties sur le choix de l'expert, ce qu'il peut faire sans mentionner de candidat, en présentant aux parties une liste de candidats, en demandant aux parties de faire des propositions, ou en discutant avec les parties du "profil" de l'expert qu'il envisage de désigner, par exemple ses qualifications, son expérience et ses compétences.

i) *Mandat de l'expert*

72. Le mandat de l'expert doit préciser les questions sur lesquelles ce dernier doit fournir des éclaircissements, éviter de soulever des points sur lesquels l'expert n'a pas à se prononcer, et lui fixer un calendrier. Ayant le pouvoir de désigner un expert, le tribunal arbitral peut normalement en formuler le mandat, mais il peut décider aussi de consulter auparavant les parties à ce propos. Afin de faciliter l'évaluation du rapport de l'expert, il est souhaitable de lui demander 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.

ii) *Possibilité pour les parties de faire des observations sur le rapport de l'expert, y compris en présentant un témoignage d'expert*

73. Les règlements d'arbitrage qui contiennent des dispositions concernant les experts comportent aussi en général des dispositions sur le droit d'une partie de faire des observations sur le rapport de l'expert désigné par le tribunal arbitral. Si aucune de ces dispositions n'est applicable, ou si des procédures plus précises sont jugées nécessaires, le tribunal arbitral peut, à la lumière de ces dispositions, estimer opportun de déterminer, par exemple, le délai dans lequel doivent être présentées les observations écrites des parties ou, s'il est prévu d'entendre en audience les explications de l'expert, la marche à suivre par les parties pour interroger l'expert ou pour permettre la participation d'experts présentés par les parties.

b) *Présentation d'un avis d'expert par une partie (témoignage d'expert)*

74. Si une partie présente un avis d'expert, le tribunal arbitral pourra envisager de demander, par exemple, que cet avis soit présenté par écrit, que l'expert soit disponible pour comparaître afin de répondre à des questions et que, si une partie présente un expert comme témoin à une audience, communication en soit faite à l'avance ou que l'avis écrit soit présenté à l'avance, comme dans le cas des autres témoins (voir supra, par. 61 à 63).

17. Audiences

a) *Décision de tenir ou non des audiences*

75. Les lois sur la procédure arbitrale et les règlements d'arbitrage comportent souvent des dispositions sur la question de savoir s'il y a lieu de tenir une procédure orale et sur les cas dans lesquels le tribunal arbitral est libre de décider de tenir ou non des audiences.

76. Si c'est au tribunal arbitral qu'il appartient de décider s'il y a lieu de tenir des audiences, sa décision sera probablement influencée par un certain nombre de facteurs : d'une part, il est habituellement plus rapide et plus facile de clarifier des points litigieux dans le cadre d'une confrontation directe des arguments que par correspondance; d'autre part, la tenue des audiences entraîne des frais de déplacement et autres frais; et la nécessité de trouver des dates acceptables pour les audiences peut retarder la procédure.

b) *Vaut-il mieux tenir une série continue d'audiences ou des séries d'audiences séparées ?*

77. Les attitudes diffèrent quant à la question de savoir s'il vaut mieux tenir une série continue d'audiences ou des séries d'audiences séparées, en particulier lorsque l'on s'attend à ce que les audiences durent plusieurs jours. Selon certains arbitres, les audiences doivent normalement se dérouler en une seule période, même si elles

doivent durer plus d'une semaine. D'autres arbitres, en pareil cas, ont tendance à prévoir plusieurs séries d'audiences. Dans certains cas, les questions à trancher sont séparées et une série d'audiences est prévue pour chaque question, le but étant que la présentation orale de ces questions soit achevée dans les délais fixés. Une série continue d'audiences a des avantages : elle entraîne de moindres frais de déplacement, le souvenir des débats ne s'estompe pas, et il est peu probable que les représentants d'une partie changent en cours de route. D'un autre côté, plus la série est longue, plus il est difficile de trouver des dates rapprochées acceptables pour tous les participants. Enfin des séries séparées d'audiences sont plus faciles à planifier, les séries subséquentes pouvant être organisées en fonction de l'évolution de l'affaire; de plus, les périodes entre les séries d'audiences permettent d'analyser les dossiers et facilitent les négociations entre les parties en vue de rapprocher leurs points de vue sur les questions à régler.

c) Fixation de dates pour les audiences

78. En général, les dates fixées pour les audiences sont fermes. Exceptionnellement, le tribunal arbitral peut souhaiter adopter des dates provisoires, par exemple lorsque tous les renseignements nécessaires pour programmer les audiences ne sont pas encore disponibles, étant entendu que les dates provisoires seront soit confirmées, soit modifiées dans un délai raisonnablement court. Une telle planification provisoire peut être utile pour les participants qui ne sont généralement pas disponibles à bref délai.

d) Devrait-il y avoir une limite globale quant au temps dont disposera chaque partie pour présenter des exposés oraux et interroger des témoins ?

79. Certains arbitres estiment utile de limiter le temps global alloué à chaque partie pour : *a)* faire des déclarations orales, *b)* interroger ses témoins, et *c)* interroger les témoins de l'autre partie ou des autres parties. En général, on considère qu'il convient d'allouer le même temps à chaque partie, à moins que le tribunal arbitral ne considère qu'une solution différente est justifiée. Avant de trancher, le tribunal arbitral peut souhaiter consulter les parties pour savoir de combien de temps elles pensent avoir besoin.

80. Un tel calendrier, à condition d'être réaliste, équitable et soumis à un contrôle judicieusement ferme de la part du tribunal arbitral, permettra aux parties de mieux préparer la présentation des divers éléments de preuve et déclarations, réduira le risque de manquer de temps vers la fin des audiences, et évitera que l'une des parties n'utilise inégalement un temps excessif.

e) Ordre dans lequel les parties présenteront leurs arguments et leurs preuves

81. Les règlements d'arbitrage donnent généralement une grande latitude au tribunal arbitral pour déterminer l'ordre des interventions aux audiences. Cela étant entendu, les pratiques diffèrent, en ce qui concerne par exemple l'audition ou non des déclarations liminaires ou récapitulatives ainsi que leur degré de détail; l'ordre dans lequel le requérant et le défendeur présenteront leurs déclarations liminaires, leurs arguments, leurs témoins et d'autres preuves; et la question de savoir qui, du requérant ou du défendeur, doit avoir le dernier mot. Étant donné ces différences, le tribunal arbitral ne pourra que promouvoir l'efficacité de la procédure s'il précise avant les audiences, d'une manière générale tout au moins, la manière dont il mènera les audiences.

f) Durée des audiences

82. La durée d'une audience dépend avant tout de la complexité des questions à débattre et du nombre de témoignages d'experts à présenter. Elle dépend aussi du style de procédure utilisé dans l'arbitrage. Certains praticiens préfèrent que les preuves et arguments écrits soient présentés avant les audiences, qui peuvent ainsi être limitées aux questions qui n'auront pu être suffisamment clarifiées. Ils ont tendance en général à planifier des audiences plus courtes que ceux qui préfèrent que la plupart, sinon la totalité, des arguments et éléments de preuves soient présentés au tribunal arbitral oralement et dans tous les détails. Afin de faciliter la préparation des parties et d'éviter tout malentendu, le tribunal arbitral pourra souhaiter préciser aux parties, avant les audiences, l'utilisation prévue du temps disponible et la manière dont il dirigera les audiences.

g) Dispositions relatives à l'établissement d'un procès-verbal des audiences

83. Le tribunal arbitral doit décider, si possible après avoir consulté les parties, de la méthode qui sera retenue pour établir un procès-verbal des déclarations et témoignages faits oralement pendant les audiences. 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 et témoignages faits oralement. Lorsqu'un secrétaire de tribunal arbitral a été nommé, il est possible aussi de lui confier la préparation du procès-verbal. Une autre méthode encore, utile mais coûteuse, consiste à charger des sténographes professionnels d'établir des procès-verbaux in extenso, souvent pour le lendemain ou dans un délai très bref. Le procès-verbal peut être accompagné d'un enregistrement sur bandes, auquel on pourra se référer en cas de désaccord sur le procès-verbal.

84. Si l'on prévoit d'établir des procès-verbaux, on peut étudier comment les auteurs des déclarations pourront en vérifier l'exactitude. Par exemple, on pourra déterminer que les rectificatifs éventuels devront être approuvés par les parties ou, à défaut d'un tel accord, seront soumis au tribunal arbitral qui tranchera.

h) Possibilité pour les parties de soumettre des notes résumant leurs exposés oraux et moment de la remise de ces notes

85. Certains avocats ont pour habitude de soumettre au tribunal arbitral et à l'autre partie ou aux autres parties des notes résumant leurs exposés oraux, généralement pendant l'audience ou peu après. Dans certains cas, ces notes sont envoyées avant l'audience. Afin d'éviter des surprises, d'assurer l'égalité de traitement des parties et de faciliter la préparation des audiences, il est souhaitable de préciser à l'avance si la remise de telles notes est acceptable et à quel moment elle pourra se faire.

86. Avant de décider de clore les audiences, le tribunal arbitral s'assurera normalement qu'il n'y a plus de preuves à proposer ou de déclarations à faire. Par conséquent, si des notes doivent être présentées après la clôture des audiences, le tribunal arbitral pourra juger utile d'insister sur le fait qu'elles ne devraient donner qu'un résumé de ce qui a été dit et qu'elles ne devraient pas, en particulier, contenir de nouveaux éléments de preuves ou de nouveaux arguments.

[Le point 18 ci-après fait partie de la variante 2, comme il est indiqué ci-dessus au paragraphe 7]

18. Arbitrage multipartite

87. Lorsqu'un arbitrage unique fait intervenir plus de deux parties (arbitrage multipartite), les considérations quant à la nécessité d'organiser la procédure et les questions à examiner à ce propos sont dans l'ensemble les mêmes que dans un arbitrage bipartite. Toutefois, étant donné qu'il faut traiter avec plus de deux parties, une procédure multipartite peut être plus complexe à gérer qu'une procédure bilatérale.

88. En effet, en cas d'arbitrage multipartite, les questions suivantes, notamment, seront plus difficiles à traiter : flux de communications entre les parties et le tribunal arbitral (voir ci-dessus, par. 34, 35 et 39 à 42); si des questions doivent être tranchées à des moments différents, ordre des décisions (par. 45 et 46); manière dont les parties participeront à l'audition de témoins (par. 64); nomination d'experts et participation des parties à l'examen

de leur rapport (par. 71 à 73); calendrier des audiences (par. 77); ordre dans lequel les parties présenteront leurs arguments et leurs preuves aux audiences (par. 81).

89. L'Aide-mémoire, qui se limite à souligner les questions que l'on pourra examiner lors de l'organisation de la procédure arbitrale en général, ne traite pas de la rédaction de la convention d'arbitrage ni de la constitution des tribunaux d'arbitrage, sujets qui posent des problèmes particuliers à l'arbitrage multipartite. De ce fait, même si l'arbitrage multipartite est sans doute plus complexe, l'Aide-mémoire peut être utilisé tant pour une procédure pluripartite que pour une procédure multipartite.

19. Conditions éventuelles à remplir pour le dépôt ou la remise de la sentence

90. Certaines lois nationales exigent que les sentences arbitrales soient déposées ou enregistrées auprès d'un tribunal ou d'une autorité similaire, ou qu'elles soient remises d'une manière particulière ou par l'intermédiaire d'une autorité particulière. Ces lois diffèrent en ce qui concerne, par exemple, le type de sentence auquel les conditions s'appliquent (par exemple, toutes les sentences ou seulement les sentences non rendues sous les auspices d'une institution arbitrale); les délais de dépôt, d'enregistrement ou de remise de la sentence (dans certains cas, ces délais peuvent être assez courts); ou les conséquences du non-respect des conditions (par exemple, l'invalidité de la sentence ou l'impossibilité de l'exécuter d'une manière particulière).

Qui devra faire le nécessaire pour que les conditions soient remplies ?

91. Lorsque de telles conditions existent, il est utile, quelque temps avant que la sentence soit prononcée, de prévoir qui devra faire le nécessaire pour qu'elles soient remplies et comment les coûts y relatifs seront répartis.

B. Suivi de l'application de la Convention de New York de 1958 : rapport d'activités : note du secrétariat (A/CN.9/425) [original : anglais]

Introduction

1. A sa vingt-huitième session, en 1995, la Commission a examiné le projet consistant à recueillir des informations sur l'incorporation dans les lois nationales de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958)¹. Ce projet est exécuté en coopération avec le Comité D de l'Association internationale du barreau².

Objectif du projet

2. La Commission a noté que le projet avait en particulier pour but d'examiner les questions suivantes : la Convention était-elle incorporée dans le système juridique des États parties, de façon à ce que ses dispositions aient force de loi ? Les États parties avaient-ils ajouté au régime uniforme de la Convention, en application de réserves émises à propos de la Convention ou pour d'autres raisons, des dispositions qui modifiaient les conditions de reconnaissance ou d'exécution des sentences arbitrales ? Quelles conditions pour l'obtention de la reconnaissance et de l'exécution, non prévues dans la Convention, avaient été ajoutées dans les lois nationales³ ?

3. Il a été souligné lors de la session que le projet n'avait pas pour but de suivre toutes les décisions judiciaires prises en application de la Convention. Le secrétariat ne disposait pas des ressources voulues pour entreprendre une telle tâche, qui n'était pas d'ailleurs nécessaire pour le projet décrit ci-dessus; en outre, la

¹Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 330, n° 4739.

²*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 17 (A/50/17)*, par. 401 à 404.

³*Ibid.*, par. 401.

jurisprudence fondée sur la Convention était compilée et publiée par d'autres organisations, en particulier dans le *Yearbook of Commercial Arbitration* du Conseil international pour l'arbitrage commercial⁴.

4. L'objectif essentiel du projet était de permettre au secrétariat d'établir une note présentant les conclusions de l'enquête sur les législations. Lorsque la Commission sera saisie de cette note, elle voudra peut-être décider si d'autres mesures seraient souhaitables, par exemple l'élaboration d'un guide pour l'incorporation de la Convention⁵.

Collecte d'informations

5. En novembre 1995, le secrétariat a envoyé aux États parties à la Convention une note verbale, à laquelle était joint un questionnaire, par laquelle les États étaient priés de répondre aux questions suivantes :

a) Manière dont la Convention a pris force de loi dans l'État (en indiquant, par exemple, si la loi nationale pertinente fait référence au texte de la Convention ou l'incorpore, ou si la loi d'application paraphrase le texte de la Convention, et si la méthode d'implication se traduit par des différences notables entre la loi d'application et les dispositions de la Convention);

b) Le tribunal ou l'autorité compétents pour statuer sur une demande de reconnaissance ou d'exécution;
et

c) Les règles et conditions de procédure applicables à une demande de reconnaissance ou d'exécution d'une sentence régie par la Convention (y compris, par exemple, les exigences en matière d'authentification de la sentence, conformément à l'article IV de la Convention; les droits, contributions, taxes ou redevances applicables à une telle demande; tout délai dans lequel doit être présentée la demande de reconnaissance ou d'exécution; les recours contre une décision refusant l'exécution d'une sentence ou contre une décision d'accorder la reconnaissance ou l'exécution).

6. En février 1996, le secrétariat a envoyé une nouvelle note verbale aux États qui n'avaient pas répondu à la première, dans laquelle ils étaient priés de soumettre les informations demandées avant la fin d'avril 1996.

7. Au 8 mai 1996, le secrétariat avait reçu des réponses au questionnaire des 27 États suivants : Algérie, Allemagne, Argentine, Australie, Autriche, Bélarus, Cuba, Espagne, Finlande, France, Inde, Italie, Japon, Koweït, Mexique, Norvège, Pérou, République de Corée, Saint-Siège, Singapour, Slovaquie, Suède, Suisse, Thaïlande, Tunisie, Turquie, Venezuela.

8. La Commission voudra peut-être prier les États parties à la Convention qui n'auraient pas encore répondu au questionnaire de bien vouloir le faire. Au 7 mai 1996, 108 États étaient parties à la Convention.

Travaux futurs

9. La Commission voudra peut-être prier le secrétariat d'établir, en vue de sa soumission à une session future de la Commission, une note présentant des conclusions fondées sur l'analyse des informations recueillies.

⁴*Ibid*, par. 402.

⁵*Ibid.*, par. 403.

II. ÉCHANGE DE DONNÉES INFORMATISÉES

A. Rapport du Groupe de travail sur les échanges de données informatisées sur les travaux de sa trentième session (Vienne, 26 février-8 mars 1996) (A/CN.9/421) [original : anglais]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION	1-24
I. DÉLIBÉRATIONS ET DÉCISIONS	25
II. EXAMEN DES QUESTIONS JURIDIQUES RELATIVES AUX DOCUMENTS DE TRANSPORT MARITIME DANS UN ENVIRONNEMENT ÉLECTRONIQUE ...	26-52
A. Documents de transport négociables et non négociables	27-39
1. Observations générales	27-28
2. Régime juridique	29-36
3. Originaux multiples	37-38
4. Combinaison de documents papier et d'équivalents dématérialisés	39
B. Registres	40-48
C. Signatures numériques	49-52
III. EXAMEN DE PROJETS DE DISPOSITIONS LÉGISLATIVES TYPES SUR LES DOCUMENTS DE TRANSPORT MARITIME DANS UN ENVIRONNEMENT ÉLECTRONIQUE	53-10
Projet d'article "x". Contrats de transport faisant intervenir des messages de données	53
A. Observations générales	54-63
1. Champ d'application du projet d'article "x"	55-58
2. Relation entre le projet d'article "x" et d'autres dispositions du projet de Loi type	59-60
3. Possibilités d'extension des principes énoncés dans le projet d'article "x" ...	61-62
4. Teneur du projet d'article "x"	63
B. Dispositions du projet d'article "x"	64-83
1. Paragraphe 1	64-66
2. Paragraphe 2	67-71
3. Paragraphe 3	72-77
4. Paragraphe 4	78-80
5. Paragraphe 5	81-82
6. Paragraphe 6	83
C. Dispositions additionnelles proposées pour le projet d'article "x"	84-10
1. Application des lois ou conventions internationales relatives au transport ...	84-88
2. Négociabilité ou non-négociabilité des droits contenus dans des messages de données ou constatées par eux	89-91
3. Situations dans lesquelles des documents papier et des messages de données pourraient être utilisés simultanément	92-10
IV. DÉBAT PRÉLIMINAIRE SUR LES TRAVAUX FUTURS POSSIBLES	104-11
A. Travaux futurs sur les questions liées au droit des transports autres que celles concernant l'échange de données informatisées	104-10
B. Travaux futurs sur des questions particulières concernant l'utilisation de l'échange de données informatisées et de moyens connexes de communication	109-11

1. Normes éventuelles pour les signatures numériques	110-11
2. Questions des registres	112-11
3. Incorporation par référence	114
4. Fournisseurs de services informatiques	115-11
5. Examen des conventions internationales existantes	118-11

Annexe

Texte qu'il est proposé d'ajouter au projet de Loi type de la CNUDCI sur certains aspects juridiques de l'échange de données informatisées et des moyens connexes de communication (tel qu'approuvé par le Groupe de travail de la CNUDCI sur les échanges de données informatisées à sa trentième session, tenue à Vienne, du 26 février au 8 mars 1996)

INTRODUCTION

1. Conformément à une décision prise par la Commission à sa vingt-cinquième session¹ en 1992, le Groupe de travail sur les échanges de données informatisées (EDI) a consacré ses vingt-cinquième à vingt-huitième sessions à l'élaboration du projet de Loi type de la CNUDCI sur certains aspects juridiques de l'échange de données informatisées et des moyens connexes de communication (les rapports de ces sessions ont été publiés sous les cotes A/CN.9/373, 387, 390 et 406). Le texte du projet de Loi type ainsi qu'une compilation d'observations de gouvernements et d'organisations intéressées (A/CN.9/409 et Add.1 à 3) ont été soumis à la Commission à sa vingt-huitième session pour examen et adoption.

2. A sa vingt-neuvième session, le Groupe de travail a examiné un projet de guide pour l'incorporation de la Loi type (le rapport de cette session a été publié sous la cote A/CN.9/407). Le Groupe de travail a également examiné, dans le cadre d'un débat général sur les travaux futurs possibles, les questions de l'incorporation par référence et de la négociabilité de droits sur des marchandises dans un contexte électronique. Pour ce qui est de l'incorporation par référence, le Groupe de travail était saisi de deux propositions présentant un projet de disposition, l'une soumise par l'observateur de la Chambre de commerce internationale (A/CN.9/WG.IV/WP.65), l'autre présentée par le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (A/CN.9/WG.IV/WP.66). Après un débat, l'avis qui a prévalu a été que la question de l'incorporation par référence ne pouvait pas encore, à ce stade, être incluse dans la Loi type et devait faire l'objet d'un examen plus approfondi. Selon un avis, cette question devrait être traitée dans le contexte des travaux futurs sur la négociabilité de droits sur des marchandises (A/CN.9/407, par. 100 à 105).

3. Pour ce qui est des questions de la négociabilité et de la cessibilité de droits sur des marchandises dans un contexte EDI, le Groupe de travail était saisi de deux brèves notes, l'une soumise par le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (A/CN.9/WG.IV/WP.66), l'autre par les États-Unis d'Amérique (A/CN.9/WG.IV/WP.67).

4. Il a été noté que le recours à des communications EDI pourrait avoir des incidences sur certaines fonctions des connaissements, notamment les suivantes : 1) servir de reçu des marchandises par le transporteur; 2) constater le contrat de transport, pour ce qui est de ses conditions générales et de détails particuliers concernant le navire, les ports de chargement et de déchargement et la nature, la quantité et l'état des marchandises; et 3) constituer un document donnant à son détenteur un certain nombre de droits, dont celui de demander les marchandises au port de débarquement et d'en obtenir livraison et celui de disposer des marchandises en transit.

5. Un connaissement EDI pourrait sans problème remplir les deux premières fonctions, car la réception des marchandises et les informations sur le contrat de transport pourraient être données au moyen d'un message de données tel qu'un message UN/EDIFACT. Toutefois, la troisième fonction (le connaissement en tant que document formant titre) soulevait des problèmes dans un contexte EDI car, en l'absence d'un document sur

¹*Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-septième session, Supplément n° 17 (A/47/17), par. 140 à 148.*

papier, il serait difficile d'établir l'identité du titulaire exclusif auquel le transporteur pourrait livrer les marchandises sans courir le risque d'une réclamation d'une autre partie au motif de livraison frauduleuse. A cet égard, le Groupe de travail a noté qu'un problème essentiel de l'utilisation de connaissements électroniques était de garantir la singularité ou l'unicité du message sur lequel le transporteur devait faire fond pour livrer les marchandises. Tandis que tout message de données pouvait probablement être unique grâce à la cryptographie, il ne pouvait être exclu que le message ne puisse être multiplié frauduleusement ou par erreur. Le Groupe de travail a noté qu'il était possible de résoudre ce problème par l'emploi de techniques de sécurité, d'horodateurs ou d'autres systèmes du même genre, ou bien encore à l'aide d'un registre central sur lequel le titulaire pourrait consigner ses droits.

6. Le Groupe de travail a également noté que les travaux sur la négociabilité et la cessibilité de documents formant titre par des moyens électroniques pouvaient porter sur l'établissement d'une liste préliminaire de domaines de pratique commerciale pertinents, sur la validation des accords de négociabilité et de cessibilité de droits sur des marchandises par l'EDI, sur la définition des critères voulus pour permettre aux parties d'être en temps opportun titulaires pour la cession de droits sur des marchandises ou pour négocier ultérieurement de tels droits par voie électronique, sur la détermination de l'effet de la négociation de documents formant titre par voie électronique, et sur la mise au point de règles en matière de manquement pour la répartition des risques et de registres électroniques. En ce qui concerne ces derniers, on a noté qu'ils pouvaient être officiels, centraux ou privés. L'objet, l'accès, l'administrateur, les coûts, l'assurance, la répartition des risques et la sécurité pouvaient varier suivant la nature du registre.

7. Le Groupe de travail a procédé à un débat général afin de déterminer la portée des travaux futurs qui pourraient être entrepris et des questions qui pourraient être étudiées. En ce qui concerne les activités futures, on a suggéré qu'elles portent sur les documents formant titre pour le transport multimodal, étant donné qu'ils remplissaient essentiellement les mêmes fonctions et soulevaient des problèmes similaires. Selon une autre suggestion, tout en consacrant des travaux à cette question générale, il conviendrait de mettre particulièrement l'accent sur les connaissements maritimes, étant donné que le transport maritime était le domaine dans lequel l'EDI était avant tout pratiqué et dans lequel le droit devait être unifié d'urgence afin d'éliminer les obstacles actuels et de pouvoir développer la pratique.

8. A l'appui de cette suggestion, on a souligné que l'informatisation était actuellement limitée à l'échange de messages d'information sur les routes maritimes de l'Atlantique Nord et qu'elle ne pourrait pas se développer sans l'appui d'un régime juridique qui validerait les documents de transport sous forme électronique et fournirait une certitude à leur sujet. Par exemple, on a déclaré qu'il fallait faciliter la livraison des cargaisons au port de déchargement sans production d'un connaissement sur papier, qui était souvent nécessaire pour un certain nombre de raisons. L'une d'entre elles était que la cargaison pouvait atteindre le port de déchargement avant l'arrivée des documents nécessaires pour la livraison. Une autre raison était que l'acheteur devait souvent prendre livraison de la cargaison et la vendre afin de pouvoir régler le coût des marchandises et le fret. On a déclaré en outre qu'il était nécessaire d'éliminer l'incertitude juridique quant à la personne qui supportait le risque de voir la cargaison ne pas correspondre à sa description au moment du déchargement. On a souligné que le chargeur fournissait généralement la description des marchandises et que le connaissement comportait un déni de responsabilité indiquant que la description était celle du chargeur; de telles clauses de sauvegarde n'étaient pas toujours valides. On a déclaré en outre qu'il était nécessaire d'établir un équivalent fonctionnel reproduisant l'unicité du connaissement sur papier, qui était essentielle pour sa fonction de document formant titre.

9. Suivant d'autres suggestions, il convenait de traiter de tous les documents formant titre portant sur des biens corporels (par exemple, les récépissés d'entrepôt), de tous les documents formant titre relatifs à des biens corporels et incorporels ou de tous les instruments négociables (voire non négociables). A l'opposé, on a souligné que l'inclusion d'une gamme de documents aussi large compliquerait les travaux et que les fonctions des documents concernés étaient différentes, ce qui rendrait nécessaire d'élaborer des règles spécifiques.

10. A l'issue du débat, il a été convenu que les travaux futurs devraient être axés sur les documents de transport informatisés, l'accent étant tout particulièrement mis sur les connaissements maritimes électroniques et la possibilité de les utiliser dans le contexte de la législation nationale et internationale applicable au transport maritime. Après avoir établi un ensemble de règles pour les connaissements maritimes, le Groupe de travail

examinerait la question de savoir si le domaine du transport multimodal pourrait faire l'objet du même ensemble de règles ou s'il serait nécessaire d'élaborer des règles spécifiques.

11. Le Groupe de travail a ensuite examiné les questions susceptibles d'entrer dans le cadre des travaux futurs concernant les connaissements maritimes. Plusieurs ont été mentionnées. Entre autres, il s'agissait d'assurer l'unicité d'un connaissement électronique permettant à son "titulaire" de disposer de la cargaison en transit par des moyens électroniques tout en protégeant le transporteur du risque de livraison à une personne autre que le destinataire. On a suggéré un certain nombre de moyens qui permettraient éventuellement de résoudre ce problème, y compris l'usage de codes privés dans les communications de partie à partie, de certificats électroniques, de cartes à mémoire et de registres. En ce qui concerne ces derniers, on a souligné qu'il serait nécessaire de mettre au point un régime juridique portant sur des questions telles que l'objet de l'enregistrement, les parties susceptibles d'enregistrer, les parties qui auraient accès aux registres et sur lesquelles l'enregistrement pourrait produire des effets, la confidentialité, l'exactitude et la complétude des informations enregistrées, la responsabilité à l'égard des erreurs et les effets sur les tiers.

12. Une autre question concernait la définition du titulaire dans un contexte électronique. On a souligné qu'en ce qui concerne les documents sur papier, le titulaire était défini sur la base de la possession physique du connaissement sur papier et était protégé contre l'acquisition en toute bonne foi de droits sur les marchandises par des tiers dans la mesure où la possession du connaissement servait de notification aux tiers. Dans un contexte électronique où la possession n'était pas possible, le titulaire pourrait être protégé par d'autres moyens (par exemple l'enregistrement, l'utilisation de claviers publics et privés), mais risquerait aussi de n'avoir aucune protection. Une autre question portait sur les droits et les obligations du titulaire et de l'émetteur des documents de transport électronique (par exemple, droit du titulaire de donner des instructions en transit et obligation de l'émetteur de recevoir et d'exécuter ces instructions). On a souligné que, dans le cas de documents sur papier, les droits du titulaire étaient fondés sur trois principes : *a)* le connaissement constituait une preuve irréfutable du titre de propriété des marchandises uniquement après l'endossement (règle de la preuve irréfutable); *b)* l'endossataire était la seule partie habilitée à prendre livraison des marchandises au point de déchargement; *c)* seul l'endossataire était habilité à donner au transporteur l'instruction de modifier le contrat et d'effectuer un autre endossement. A cet égard, on a déclaré qu'il fallait étudier la négociabilité dans le contexte de la législation en matière de commerce, de sécurité et de transport. On a expliqué qu'un bien, acquis en vertu de la législation commerciale, ne serait pas utilisable si sa perte effective relevait de la législation du transport, du fait qu'aucun droit de saisie ou de contrôle ne pourrait être exercé.

13. Il a été souligné en outre que le titulaire pouvait avoir le droit de posséder les marchandises, le droit de propriété sur les marchandises ou le droit de recevoir livraison des marchandises au titre d'un contrat de vente. On a expliqué que, du point de vue du transporteur, la question la plus importante était la personne qui détenait le titre possessoire sur les marchandises, en d'autres termes celle à qui le transporteur devait livrer les marchandises. Une autre question concernait la répartition de la responsabilité entre le chargeur, le transporteur, le destinataire et, éventuellement, un registre.

14. D'autres questions qu'il a été suggéré d'étudier étaient les suivantes : les effets du transfert de documents de transport électroniques sur des tiers (par exemple, lorsque le transfert concernait le transporteur, des tiers dans la chaîne des endossataires ou des tiers ne figurant pas sur le connaissement électronique); les droits du titulaire légitime en cas de transfert illicite des marchandises et les droits du cessionnaire au cas où son titre se révélerait défectueux (soumis aux droits d'autres parties); les délais de cession dans un contexte électronique; la priorité relative entre divers ayants droit à la même cargaison; les délais des messages (par exemple, certains messages relatifs à des conditions précontractuelles pourraient créer des droits et des obligations); l'incorporation par référence; les questions de sécurité (principes d'identification, d'authentification, d'intégrité, de non-répudiation) visant à faciliter la négociabilité dans un contexte électronique ouvert. On a dit qu'il faudrait examiner les questions de sécurité en ce qui concernait un large éventail de questions relatives à la négociabilité. Dans le cadre du débat sur les questions de sécurité, en particulier l'utilisation de la cryptographie, le Groupe de travail est convenu que les travaux futurs que la CNUDCI pourrait éventuellement entreprendre ne devraient pas porter sur les règles obligatoires de la législation nationale adoptées dans certains États pour des raisons d'ordre public afin de limiter l'usage de la cryptographie ou l'exportation de techniques se rapportant à la cryptographie.

15. A l'issue du débat, le Groupe de travail a prié le secrétariat d'établir une étude de base sur la négociabilité et la cessibilité des documents de transport électroniques, en mettant tout particulièrement l'accent sur les documents de transport maritime, compte tenu des vues exprimées et des suggestions faites au sujet de la portée des travaux futurs et des questions qui pourraient être étudiées. Un certain nombre d'autres questions ont été suggérées aux fins d'inclusion dans l'étude, y compris un rapport sur les problèmes que pourrait poser l'utilisation de l'EDI dans le transport maritime dans le cadre des instruments internationaux en vigueur, et un rapport sur les travaux entrepris par d'autres organisations dans des domaines connexes. A cet égard, on a estimé que les travaux entrepris au Comité maritime international (CMI), ou le projet BOLERO, visaient à faciliter l'utilisation de documents de transport électroniques, mais ne portaient pas en général sur les effets juridiques de ces documents. On a déclaré qu'il faudrait se pencher tout particulièrement dans l'étude sur les moyens par lesquels les travaux futurs de la CNUDCI pourraient apporter un soutien juridique aux nouvelles méthodes mises au point dans le domaine de la cession électronique de droits.

16. A sa vingt-huitième session, en 1995, la Commission a adopté le texte des articles premier et 3 à 11 du projet de Loi type. Après avoir conclu son débat sur le projet d'article 11, la Commission a noté qu'elle n'avait pas achevé l'examen du projet de Loi type et a décidé d'inscrire le projet de Loi type, ainsi que le projet de Guide pour l'incorporation de la Loi type, à l'ordre du jour de sa vingt-neuvième session devant se tenir à New York du 28 mai au 14 juin 1996. Il a été convenu que le débat reprendrait à la vingt-neuvième session de la Commission, afin qu'il soit possible, à cette session, de mettre au point le texte définitif de la Loi type et d'adopter le Guide pour son incorporation.

17. Pour ce qui est des travaux futurs dans le domaine de l'échange de données informatisées, la Commission a noté qu'à sa vingt-septième session, en 1994, un appui général avait été exprimé en faveur d'une recommandation faite par le Groupe de travail à sa vingt-septième session, selon laquelle des travaux préliminaires devraient être entrepris sur la question de la négociabilité et de la cessibilité des droits sur des marchandises dans un environnement informatique, dès que l'élaboration de la Loi type aurait été achevée. Il a également été noté à ce propos qu'un débat préliminaire concernant les travaux futurs à entreprendre dans le domaine de l'échange de données informatisées avait eu lieu lors de la vingt-neuvième session du Groupe de travail (ce débat est résumé dans le document A/CN.9/407, par. 106 à 118).

18. Après un débat, la Commission a approuvé la recommandation du Groupe de travail selon laquelle le secrétariat devrait être chargé d'élaborer une étude de base sur la négociabilité et la cessibilité des documents de transport électroniques, en mettant tout particulièrement l'accent sur les documents de transport maritime EDI (voir ci-dessus par. 15). La Commission a exprimé le vœu que l'étude demandée, pour la préparation de laquelle il faudrait faire appel à la coopération d'autres organisations intéressées telles que le Comité maritime international servirait de base à l'adoption d'une décision bien étayée quant à la faisabilité et à l'intérêt de travaux dans ce domaine.

19. Le Groupe de travail sur les échanges de données informatisées, qui est composé de tous les États membres de la Commission, a tenu à Vienne, du 26 février au 8 mars 1996, sa trentième session, à laquelle ont participé des représentants des États suivants membres du Groupe de travail : Algérie, Allemagne, Arabie saoudite, Argentine, Australie, Autriche, Bulgarie, Chili, Chine, Equateur, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Hongrie, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Mexique, Oman, Pologne, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Singapour, Slovaquie, Soudan, Thaïlande et Uruguay.

20. Ont participé à la session les observateurs des États suivants : Azerbaïdjan, Bélarus, Canada, Guatemala, Indonésie, Jordanie, Kazakstan, Liban, Maroc, Pays-Bas, Pakistan, Portugal, République arabe syrienne, République de Corée, République tchèque, Sri Lanka, Suède, Suisse et Turquie.

21. Les organisations internationales suivantes étaient également représentées par des observateurs : Association internationale des ports (AIP), Centre régional du Caire d'arbitrage commercial international, Chambre de commerce internationale (CCI), Comité maritime international (CMI), Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), et Société de télécommunications interbancaires mondiales (SWIFT).

22. Le Groupe de travail a élu le bureau ci-après :

Président : M. José-María Abascal Zamora (Mexique);

Rapporteur : M. Eu Jin Chua (Singapour).

23. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants : l'ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.IV/WP.68) et une note du secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.69).

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

1. Élection du bureau.
2. Adoption de l'ordre du jour.
3. Planification des travaux futurs sur les aspects juridiques de l'échange de données informatisées (EDI) : examen de la question de la négociabilité et de la cessibilité de droits sur des marchandises (connaissements maritimes).
4. Débat préliminaire sur d'autres questions qui pourraient faire l'objet de travaux futurs : questions de l'enregistrement, de l'incorporation par référence, et d'un code de conduite pour les prestataires de services.
5. Questions diverses.
6. Adoption du rapport.

I. DÉLIBÉRATIONS ET DÉCISIONS

25. Le Groupe de travail a examiné, sur la base de la note établie par le secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.69), les questions de la négociabilité et de la cessibilité de droits sur des marchandises dans le contexte des documents de transport, en mettant l'accent sur les connaissances maritimes. Il est rendu compte de ses délibérations et conclusions sur ces questions à la section II ci-après. Conformément au mandat reçu de la Commission, le Groupe de travail a aussi examiné le texte du projet de dispositions élaboré sur ces questions, à la réunion d'un groupe spécial d'experts CMI/CNUDCI organisée par le secrétariat. Après en avoir débattu, il a adopté le texte de ce projet avec quelques modifications. Il a été noté que le projet de dispositions révisé serait présenté à la Commission à sa vingt-neuvième session, qui devrait se tenir à New York du 28 mai au 14 juin 1996, pour un examen final et une éventuelle insertion dans le projet de Loi type de la CNUDCI sur certains aspects juridiques de l'échange de données informatisées et des moyens connexes de communication. Il est fait état des délibérations et conclusions du Groupe de travail sur ce projet de dispositions à la section III. Le texte du projet de dispositions est joint en annexe au présent rapport. Le Groupe de travail a également discuté de sujets qui pourraient faire l'objet de travaux futurs dans les domaines de l'EDI et du droit des transports. Les délibérations et conclusions préliminaires du Groupe de travail sur ces sujets sont exposées à la section IV.

II. EXAMEN DES QUESTIONS JURIDIQUES RELATIVES AUX DOCUMENTS DE TRANSPORT MARITIME DANS UN ENVIRONNEMENT ÉLECTRONIQUE

26. D'emblée, le Groupe de travail a convenu que, conformément au mandat que lui avait confié la Commission et pour donner à cette dernière une base lui permettant de prendre en connaissance de cause une décision sur les possibilités d'élaboration de règles juridiques dans le domaine du transfert de droits par des moyens électroniques, il procéderait à un échange général d'informations concernant le droit et la pratique en matière de documents de transport, en mettant l'accent sur les documents de transport maritime négociables et non négociables.

A. Documents de transport négociables et non négociables

1. Observations générales

27. Des vues ont été échangées concernant l'utilisation des documents de transport maritime négociables et non négociables. Les membres du Groupe de travail se sont accordés sur le fait qu'il existait une tendance mondiale à la promotion des lettres de transport maritime non négociables. S'agissant de la fréquence avec laquelle ces documents non négociables étaient employés dans la pratique, l'attention du Groupe a été appelée sur les résultats d'une enquête menée récemment par la Chambre internationale de la marine marchande, montrant que les connaissances négociables n'étaient pratiquement plus utilisés dans certains types de trafic, par exemple

pour le trafic régulier à courte distance en Europe du Nord-Ouest. Sur les routes maritimes de l'Atlantique Nord, entre l'Amérique du Nord et l'Europe occidentale, on utilisait aussi, pour une très large majorité des expéditions, des documents non négociables. On a fait observer qu'il s'agissait là de trafics portant sur de gros volumes, où les temps de transit étaient courts et où le besoin de procédures documentaires modernes et rapides favorisait donc l'utilisation de documents non négociables.

28. Il a aussi été déclaré, cependant, que les connaissements négociables continuaient de prédominer sur de nombreuses autres routes ou pour beaucoup d'autres trafics. Cette situation s'expliquait peut-être en partie tout simplement par le fait que les chargeurs, les banques, les armateurs et les agents maritimes ne connaissaient pas les avantages des lettres de transport maritime, mais la Chambre internationale de la marine marchande estimait que les facteurs ci-après contribuaient aussi à la poursuite de l'utilisation des connaissements négociables : instructions données par les banques aux exportateurs de demander un jeu complet de connaissements négociables pour les opérations où le paiement était effectué par crédit documentaire; réglementations douanières sur les importations dans certains pays, prescrivant des connaissement négociables; imposition par certains pays de droits de timbre plus élevés sur les lettres de voiture que sur les connaissements négociables; dans certains pays, la présentation obligatoire des connaissements originaux à un consul aux fins de légalisation; non-reconnaissance, il y a peu de temps encore, des lettres de transport maritime dans les Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires (RUU) et dans les INCOTERMS publiés par la Chambre de commerce internationale (CCI); fait que les Règles uniformes pour les lettres de transport maritime de la Chambre internationale de la marine marchande n'avaient pas le statut de convention internationale équivalant à la Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international (ci-après désignée comme la Convention de Varsovie) en ce qui concerne les connaissements aériens; non-acceptation, dans certains cas, par les assureurs de lettres de transport comme pièces justificatives dans les demandes concernant l'identité du transporteur et la preuve du contrat de transport; et incitation par les compagnies maritimes, cherchant à s'assurer le paiement du fret avant la mise à disposition des marchandises, à ne pas utiliser de documents non négociables.

2. Régime juridique

29. Le Groupe de travail s'est lancé dans une discussion générale sur la distinction qui était généralement faite entre documents de transport négociables et non négociables dans la théorie juridique, sur l'application concrète de cette distinction dans la pratique des transports et sur la façon dont elle pouvait influencer sur l'utilisation des communications électroniques dans ce domaine. De l'avis général, il fallait analyser les fonctions des documents de transport dans le cadre de relations contractuelles entre, d'une part, le chargeur et le transporteur et, d'autre part, le chargeur et le destinataire. Une autre relation contractuelle à examiner était celle qui existait entre le destinataire ou le chargeur et les établissements de crédit qui pouvaient être amenés à participer au financement de l'opération sous-jacente entre le chargeur et le destinataire.

30. Dans le cadre de la relation juridique entre le chargeur et le transporteur, c'est-à-dire dans le cadre du contrat de transport, un document de transport ou son équivalent fonctionnel était nécessaire tout d'abord en tant que reçu des marchandises par le transporteur et ensuite en tant que preuve du contrat de transport. Il servait en outre à matérialiser ce que l'on appelait généralement le "droit de disposer des marchandises", c'est-à-dire le droit de donner des instructions concernant les marchandises en transit. Il a été noté que les termes "droit de disposer des marchandises" étaient utilisés comme une formule indiquant le droit de donner toutes sortes d'instructions nouvelles au transporteur concernant l'exécution du contrat de transport, par exemple les suivantes : arrêter les marchandises en transit; les décharger, les entreposer ou modifier l'itinéraire du navire; retransporter les marchandises à leur port d'embarquement; et les livrer à une personne autre que le premier destinataire indiqué dans le document de transport à tout moment du transit, et changer le lieu de livraison. Dans une relation contractuelle entre le chargeur et le destinataire, par exemple dans le cadre d'un contrat de vente, le document de transport ou son équivalent fonctionnel pouvait être utilisé pour matérialiser le "titre" représentatif des marchandises, c'est-à-dire pour acquérir le droit de réclamer la livraison des marchandises et l'exécution de l'obligation du vendeur au titre du contrat de vente.

31. La fonction de reçu des marchandises par le transporteur et de preuve du contrat de transport était commune à tous les documents de transport négociables et non négociables. S'agissant du droit de disposer des marchandises, il a été généralement estimé qu'il ne faisait aucun doute qu'un document de transport représentait

ce droit initialement conféré au chargeur, que le document de transport fût qualifié de "négociable" ou non. Quant aux modalités selon lesquelles le droit initial de disposer des marchandises pouvait être transféré par le chargeur, par exemple, au destinataire lorsque le paiement des marchandises avait été reçu avant l'expédition ou pendant le transit, on a fait observer que ce droit pouvait être transféré en vertu d'un document de transport non négociable, même si un tel transfert pouvait être plus facile en vertu d'un connaissance négociable. Il a été déclaré que le droit de disposer des marchandises initialement conféré au chargeur pouvait être transféré soit par négociation d'un connaissance, du fait de l'application d'une clause particulière de la lettre de transport maritime, soit après émission de cette dernière, par une clause supplémentaire, souvent apposée sur une lettre de transport maritime non négociable pour indiquer que le chargeur cessait de disposer des marchandises. En l'absence de clause particulière, dont l'insertion exigeait nécessairement l'accord du transporteur, une lettre de transport maritime établissait le droit conféré au chargeur de disposer des marchandises, mais ne pouvait être utilisée pour transférer ce droit. Il a été déclaré que dans les régimes juridiques applicables aux modes de transport non maritime ce droit était lié à une certaine copie du document de transport. Le transfert se faisait par la transmission d'une copie spécifiée, par exemple d'un bordereau d'expédition au titre de la Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route (CMR), ou d'une lettre de transport aérien au titre de la Convention de Varsovie.

32. La fonction de titre représentatif des marchandises du document de transport était spécifique des connaissances négociables. Il a été fait observer que les opérations où intervenaient des connaissances liaient normalement le transfert du droit de disposer des marchandises au transfert de la propriété ou autres droits possessoires sur les marchandises. C'est pourquoi les connaissances étaient souvent désignées comme étant le "lien" entre le contrat de vente et le contrat de transport. A cet égard, de nombreux membres du Groupe ont estimé qu'il faudrait, si l'on tentait de concevoir un équivalent fonctionnel du connaissance comme titre représentatif des marchandises, reconnaître la nécessité de synchroniser le transfert du droit de disposer desdites marchandises au titre du contrat de transport et le transfert des droits possessoires découlant du contrat de vente.

33. Il a été déclaré que la fonction spécifique du connaissance négociable comme titre représentatif, bien que reconnue dans le monde entier, avait dans de nombreux pays une origine juridique incertaine et semblait enracinée dans la pratique plutôt que dans une quelconque règle de droit. Des exemples ont été donnés, illustrant le fait que le régime juridique des connaissances négociables résultait essentiellement de l'association de divers usages et pratiques maritimes qui s'étaient développés au fil du temps. S'il était vrai que ces usages et pratiques se retrouvaient dans le droit écrit de certains pays et dans la jurisprudence de la plupart, le domaine des documents de transport maritime se caractérisait par un manque d'uniformité des régimes juridiques applicables, ce qui avait des répercussions négatives sur la pratique. Il a été déclaré, à titre d'exemple, que la détermination de la partie ayant le droit d'arrêter les marchandises pendant le transit pouvait donner lieu à des litiges. Le transporteur pouvait en effet être confronté à des décisions contradictoires émanant de tribunaux de deux pays ayant des avis différents sur le point de savoir quelle partie avait le droit de disposer des marchandises et possédait le titre qui en était représentatif. Il a été noté qu'il n'existait aucune convention internationale traitant des droits et obligations des diverses parties, et il a été généralement convenu que la possibilité et la faisabilité de la mise en place d'un régime juridique uniforme pour les connaissances, avec des compléments possibles pour couvrir d'autres documents de transport, devraient peut-être être examinées plus avant par la Commission (voir infra par. 104 à 108). De l'avis général, cependant, les incertitudes et les disparités possibles concernant l'origine juridique du connaissance comme titre représentatif des marchandises ne devaient pas empêcher le Groupe de travail de tenter de mettre au point un équivalent fonctionnel de ce document, pouvant être utilisé dans un environnement électronique. En adoptant l'approche fonctionnelle, le Groupe de travail garderait sa neutralité quant à la nécessité de résoudre les problèmes juridiques de fond qui pouvaient exister depuis de nombreuses années dans le contexte des usages de l'environnement papier. L'avantage, par contre, serait qu'il fournirait des indications sur la manière dont la pratique actuelle devrait évoluer de façon que l'utilisation de communications électroniques ne la rende pas moins satisfaisante encore.

34. Pour ce qui est de la distinction entre documents de transport négociables et non négociables dans la pratique, il a été déclaré qu'elle n'était pas toujours faite clairement et que l'introduction de l'EDI risquait d'avoir notamment pour effet de l'estomper davantage. On a donné des exemples d'obligations imposées dans divers pays concernant la livraison des marchandises. Il a été indiqué que, dans le droit de certains pays, un document de transport était en toute circonstance considéré comme négociable, même si ce n'était pas le cas dans le pays d'émission. S'agissant de la pratique bancaire, il a été dit que les banques, dans de nombreux pays, exigeaient

un titre représentatif des marchandises, de façon à s'assurer une sûreté tangible sur celles-ci. On a toutefois fait observer qu'il n'était pas rare pour les banques d'accepter des lettres de transport maritime ou d'autres documents de transport non négociables tels que des bordereaux d'expédition aériens pour l'obtention de crédits documentaires, pratique également reconnue par les RUU 500. On a signalé cependant qu'il fallait peut-être chercher la justification juridique de cette pratique bancaire non dans le transfert d'un droit quel qu'il soit en vertu du document de transport, mais dans d'autres relations contractuelles entre la banque et son client, par exemple la relation de compte principal, un accord individuel portant sur l'octroi de facilités de crédit, une cession particulière de ses droits par le demandeur du crédit documentaire ou dans toute autre opération par laquelle la banque pouvait devenir créancier gagiste des marchandises. Il a été souligné que, dans la plupart des cas, l'acceptation par une banque de documents non négociables dans le contexte d'un crédit documentaire dépendait du résultat de l'évaluation, par cette banque, de la solvabilité du demandeur et de l'existence de mécanismes juridiques externes au document de transport, procurant à la banque le même niveau de sûreté juridique que celui qui aurait résulté du transfert d'un jeu complet de connaissements originaux.

35. En ce qui concerne l'impact prévisible du recours aux communications électroniques sur les pratiques décrites ci-dessus, il a été indiqué que l'utilisation de messages de données atténuerait encore la distinction pratique entre documents de transport négociables et non négociables, du moins pour ce qui était du transfert du droit de disposer des marchandises. Du fait que l'échange d'un certain nombre de messages EDI entre les parties intéressées était envisagé, par exemple en vertu des règles relatives aux connaissements électroniques (ci-après désignées comme "Règles du CMI), pour remplacer l'émission et le transfert d'un document de transport sur papier, il a été indiqué que les mêmes messages seraient échangés entre le chargeur, le transporteur, le destinataire et la banque, que ceux-ci se fussent basés sur un document négociable ou non négociable dans un environnement papier.

36. Il a toutefois été estimé dans l'ensemble que de tels changements pratiques à attendre de l'introduction de l'EDI n'auraient pas d'effet immédiat sur la distinction juridique qui existait dans de nombreux pays entre documents de transport négociables et non négociables et qui se traduisait par un certain nombre d'obligations impératives quant à la caractérisation de ces documents. A cet égard, l'attention du Groupe de travail a été appelée sur le fait que certains messages EDIFACT permettaient d'utiliser un certain nombre de codes pour indiquer quels droits étaient transférés avec l'information contenue dans le message. Il a été largement estimé que, dans la mesure du possible, la même distinction entre droits négociables et non négociables devrait être appliquée à tout équivalent fonctionnel des documents de transport (pour la suite du débat, voir infra par. 89 à 91).

3. *Originaux multiples*

37. Une question a été soulevée en ce qui concerne la manière dont l'utilisation des communications électroniques pourrait être combinée à la pratique actuelle consistant à émettre plus d'un connaissement original. Il a été souligné que, dans certains pays, une telle pratique résultait de l'obligation imposée par la loi d'émettre plus d'un original, par exemple afin d'en remettre un aux autorités douanières. En réponse à la question, il a été déclaré que l'utilisation des communications électroniques empêcherait presque nécessairement l'émission d'originaux multiples, car les systèmes électroniques seraient équipés de dispositifs de sécurité destinés à prévenir une telle duplication des messages. On a fait remarquer que l'équivalent fonctionnel d'un connaissement équivaldrait donc à un jeu complet de connaissements. Dans la pratique actuelle, le droit de disposer des marchandises ne pouvait être exercé que par le titulaire d'un jeu complet de connaissements, mais la livraison des marchandises pouvait être réclamée par la présentation d'un seul connaissement original. Bien que le Groupe de travail ait été d'avis dans l'ensemble que le changement à prévoir du fait de l'introduction de l'EDI devrait être considéré comme une amélioration de la pratique actuelle et une bonne occasion, pour un certain nombre d'États, d'actualiser leur législation, il a été demandé s'il était opportun que la Loi type encourage l'établissement d'une nouvelle pratique EDI qui ne se bornerait pas à imiter la pratique de l'environnement papier mais qui, en l'occurrence, la modifierait de façon substantielle.

38. On a répondu en faisant valoir qu'avec le développement de l'EDI, la nécessité ressentie de protéger l'émetteur contre le risque de perte du document original n'existerait plus. Il a été indiqué en outre que les dispositions du projet de Loi type et la disposition additionnelle proposée contenue au projet d'article "x" n'affectaient pas les dispositions légales pouvant prescrire l'émission de plus d'un original dans certains États.

Il a également été déclaré que des règles juridiques telles les Règles du CMI n'avaient pas pour effet d'interdire l'émission de connaissements originaux multiples. Bien que l'émission d'originaux multiples n'ait pas été envisagée, elle n'était pas inconcevable en vertu de ces Règles, encore que l'émission de plusieurs originaux demanderait l'émission de plusieurs clefs confidentielles pour le même connaissement.

4. Combinaison de documents papier et d'équivalents dématérialisés

39. Des questions ont été soulevées quant à l'interaction éventuelle de l'EDI et des opérations effectuées par transfert de documents papier. On a généralement estimé qu'il serait peut-être nécessaire d'aborder dans la Loi type les cas où les techniques de communication papier et EDI seraient utilisées concurremment dans le contexte d'une transaction donnée. On a considéré que, dans le cas où un connaissement émis sous forme de document papier était ensuite converti en une série de messages de données, il faudrait peut-être prévoir des dispositions particulières pour éviter que le document papier original ne soit utilisé ultérieurement dans la transaction, soit de bonne foi, soit frauduleusement. En réponse à cette suggestion, il a été déclaré que, dans la pratique actuelle fondée sur des documents papier, des changements pouvaient aussi survenir pendant le transport et exiger l'émission d'un nouveau connaissement, par exemple lorsqu'une expédition initialement adressée à un seul destinataire était ensuite scindée entre plusieurs destinataires. En pareil cas, le connaissement original serait annulé et de nouveaux connaissements seraient émis. Selon l'opinion qui a prévalu, toutefois, il se pourrait que l'émission soit plus complexe si divers modes de communication étaient utilisés et des dispositions particulières pourraient être nécessaires. S'agissant de la meilleure façon d'aborder cette question, il a été suggéré d'incorporer des dispositions dans le texte du projet de Loi type. Selon une autre suggestion, il faudrait attirer l'attention des législateurs envisageant la promulgation éventuelle de la Loi type sur la question par le biais d'une mention dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type dans le droit interne. Il a été convenu qu'il faudrait examiner de façon plus approfondie la nécessité d'établir des règles pour éviter toute discrimination à l'encontre des parties qui continueraient de s'en remettre aux documents papier et, également, pour résoudre le conflit potentiel entre des droits qui pourraient, à tout moment, être constatés simultanément sous forme électronique et sous la forme de documents papier et qui pourraient être transférés sous ces différentes formes. Une suggestion a été faite en vue d'établir une règle selon laquelle il ne pourrait à aucun moment y avoir simultanément en circulation un titre papier et son équivalent sous forme électronique (pour la suite du débat, voir infra par. 76 et 92 à 103).

B. Registres

40. Le Groupe de travail a noté qu'en ce qui concerne la conception d'une approche fonctionnelle pour l'établissement de règles relatives aux connaissements électroniques (voir A/CN.9/WG.IV/WP.69, par. 49 à 52), deux fonctions notamment, inhérentes à un connaissement sur papier, posaient des problèmes particuliers; il s'agissait de l'aptitude du porteur du connaissement à transférer le droit qu'a le chargeur de disposer des marchandises et de l'aptitude à transférer le titre représentatif des marchandises. Ces deux fonctions exigeaient que l'on ait une garantie fiable quant au fait que le droit ou le titre avait été transféré à la personne pressentie et non à une autre personne ("unicité" du message). Il a été jugé qu'afin de créer un équivalent électronique de ces deux fonctions répondant à cette exigence d'unicité, il était nécessaire de mettre en place sous une forme ou une autre un "registre" des informations sur le transfert, bien que d'autres moyens soient possibles.

41. Le débat a porté sur la manière dont on pourrait mettre en place un tel registre. L'une des méthodes possibles était celle envisagée dans les Règles du CMI. En vertu de ces Règles, le transporteur exerçait la fonction de registre, dans la mesure où il donnait au chargeur un code secret unique (la "clef confidentielle") et le chargeur, parce qu'il possédait cette clef confidentielle, était la seule personne ayant un droit de disposition des marchandises et ayant le titre représentatif de ces marchandises jusqu'à ce qu'en utilisant cette clef confidentielle, il ordonne au transporteur d'annuler la clef confidentielle émise et d'en émettre une nouvelle, unique elle aussi, au nouveau détenteur de ces droits. La partie en possession de la clef confidentielle était ainsi considérée comme le détenteur du droit de disposition des marchandises et du titre représentatif de ces marchandises. En conservant les informations relatives à la clef confidentielle et en émettant le cas échéant de nouvelles clefs confidentielles, le transporteur faisait office de registre d'informations uniques concernant les droits sur les marchandises.

42. Une autre méthode avait été retenue dans le projet "BOLERO" (voir A/CN.9/WG.IV/WP.69, par. 79 à 81). Le système BOLERO était similaire à celui des Règles du CMI, sinon que la personne enregistrant et détenant

les informations sur le détenteur de droits sur les marchandises n'était pas le transporteur, mais une autre entité. La participation de cette entité suscitait diverses questions : au nom de qui agissait-elle, quelle était la responsabilité en cas de perte attribuée à une défaillance du programme informatique, ou quelle était la responsabilité en cas de négligence du registre ?

43. Il a été noté que, si ces deux méthodes avaient été conçues expressément pour traiter des messages EDI remplaçant les connaissements, la méthode prévue dans les Règles du CMI n'avait pas été testée dans la pratique et la méthode BOLERO n'avait pas dépassé le stade du projet pilote, englobant un petit nombre de négociants et de transporteurs sélectionnés.

44. Diverses observations ont été faites à propos de ces deux méthodes. En vertu des Règles du CMI, à moins que des mesures particulières ne soient prises, le transporteur connaîtrait l'identité de chaque propriétaire successif des marchandises; on a noté que, dans le cas des connaissements sur papier, le transporteur n'avait pas nécessairement cette connaissance, et ne l'avait en général pas. On a déclaré que, lorsqu'il avait cette connaissance, le transporteur pouvait plus facilement se douter, ou constater, que la personne se présentant comme le détenteur de la clef confidentielle n'était pas le propriétaire légitime des marchandises. Dans le cadre du projet BOLERO, les informations sur les propriétaires successifs étant conservées par une personne autre que le transporteur, on pouvait se demander si le transporteur devrait avoir accès aux informations sur l'identité des vendeurs successifs. Cette question, à propos de laquelle les opinions divergeaient, et qui influencerait sur l'acceptabilité du projet BOLERO par les utilisateurs potentiels, n'avait toujours pas reçu de réponse.

45. La question de l'accès aux informations sur les vendeurs et acheteurs des marchandises en transit a amené les participants à examiner la question plus large de la confidentialité des informations relatives au transport stockées sous forme électronique. A ce propos, on a mentionné notamment les questions suivantes : l'utilisation de techniques de codage; l'accès des services de répression aux informations; la question de savoir si, en vertu des Règles du CMI, les marchandises pouvaient être adressées non à une personne désignée, mais au porteur de la clef confidentielle; la possibilité pour l'endossataire d'un connaissement de cacher aux endossataires suivants l'identité du chargeur, ce qui pouvait être fait en obtenant du transporteur un nouveau connaissement sur lequel l'endossataire apparaissait en tant que chargeur. Il a été jugé dans l'ensemble que les questions liées à la confidentialité relevaient de différents domaines du droit tels que le droit des transports, le droit pénal, ainsi que les usages commerciaux, et que ce n'était donc pas au projet de Loi type de tenter d'y apporter des solutions. En outre, quel que soit le système d'enregistrement qui serait retenu, le niveau de confidentialité et les mesures à prendre en la matière devraient être acceptables aux utilisateurs. A ce propos, il a été noté que la question de la confidentialité dans le cas d'un registre tel que celui qui était envisagé dans le projet BOLERO, dans lequel des informations sur un grand nombre d'opérations devaient être conservées, était potentiellement plus délicate que dans le cas du registre prévu par les Règles du CMI, dans lesquelles l'information détenue par le transporteur ne portait que sur les marchandises confiées à ce transporteur.

46. Ensuite, on a noté qu'en vertu d'un connaissement papier, le transporteur était responsable en cas de livraison erronée des marchandises, c'est-à-dire de livraison à la personne qui n'était pas le porteur du connaissement. On a indiqué que, pour l'essentiel, cette responsabilité était la même en vertu des Règles du CMI, car le transporteur devait vérifier qui était la personne habilitée à prendre livraison des marchandises (en étant détenteur de la clef confidentielle) et devait également livrer la marchandise à la personne voulue. Du fait de ce parallélisme, il n'était pas nécessaire d'élaborer des dispositions particulières sur la responsabilité du transporteur en cas de livraison erronée dans le cadre des Règles du CMI.

47. Cependant, dans le cadre du projet BOLERO, le transporteur pouvait ne pas être responsable en cas de livraison erronée des marchandises, si cette livraison erronée était due à une erreur commise par la personne tenant le registre ou était imputable à une défaillance du programme informatique. Ainsi, du point de vue des propriétaires des marchandises, BOLERO suscitait des questions, notamment la répartition du risque de livraison erronée entre le propriétaire des marchandises, le transporteur et le registre, et la norme de responsabilité lorsque la livraison erronée était la conséquence d'une erreur. On a noté qu'il était essentiel d'apporter une réponse à cette question si l'on voulait que ce projet soit couronné de succès.

48. On a également mentionné un autre type de registre utilisé dans certains États pour enregistrer sous forme électronique les opérations sur des valeurs et des titres. Ces registres fonctionnaient normalement avec

l'autorisation des pouvoirs publics et avaient le droit et l'obligation exclusifs de constater ces opérations. Il y avait une différence importante entre ces registres et les registres prévus dans les Règles du CMI ou dans le projet BOLERO : l'accès aux registres des opérations sur des valeurs et titres était en général limité aux courtiers, alors qu'un éventail plus large d'entités commerciales, tels les acheteurs et vendeurs des marchandises, les transitaires ou les banques, auraient accès aux autres registres.

C. Signatures numériques

49. Le Groupe de travail a entendu un exposé sur les "signatures numériques", c'est-à-dire les codes mathématiques utilisés dans les communications électroniques afin de garantir : qu'un message de données particulier émanait d'une personne donnée (fonction d'authentification); que le message de données n'avait pas été modifié depuis sa création et son transfert (fonction de vérification de l'intégrité); et que le destinataire ne pouvait modifier le message reçu (fonction de non-répudiation).

50. On a déclaré d'emblée que la technique de la signature numérique n'était qu'une des méthodes actuellement utilisées dans la pratique pour assurer la sécurité des communications électroniques et que cette méthode n'était pas nécessairement adaptée à tous les types de communications électroniques. Par ailleurs, on a noté que d'autres méthodes, notamment celles qui s'en remettaient à l'utilisation de jetons cryptographiques sur support matériel, appelés dans la pratique "cartes à mémoire", n'étaient pas pleinement au point.

51. Il a été expliqué qu'au moyen d'un matériel et d'un logiciel particuliers, les commerçants pouvaient créer une paire de codes mathématiques, à savoir une "clef confidentielle", connue seulement de son auteur et une "clef publique" connue du public. En outre, la signature numérique résultait de la combinaison d'un code mathématique créé par l'initiateur, afin de garantir l'unicité d'un message donné, et des clefs publique et privée de l'initiateur. Le destinataire de ce message de données, utilisant un logiciel particulier séparant le message de la signature numérique, pouvait vérifier à la fois l'intégrité du message et l'identité de son auteur.

52. En réponse à une question, il a été expliqué que l'un des problèmes que posait l'utilisation des signatures numériques tenait aux incertitudes liées aux clefs publiques des commerçants. Afin de répondre à ce problème, on recourait maintenant à des tiers de certification publics ou privés, qui avaient pour fonction d'émettre des certificats identifiant un commerçant et lui affectant une clef publique à utiliser pour les communications électroniques. Il a été noté que le nombre des autorités de certification augmentait rapidement. Toutefois, étant donné que leurs activités se fondaient sur des nouvelles technologies, dont l'efficacité devrait être prouvée à long terme, il subsistait des incertitudes sur le point de savoir si ces autorités pourraient pleinement satisfaire les exigences en matière de sécurité des communications électroniques.

III. EXAMEN DE PROJETS DE DISPOSITIONS LÉGISLATIVES TYPES SUR LES DOCUMENTS DE TRANSPORT MARITIME DANS UN ENVIRONNEMENT ÉLECTRONIQUE

53. Le Groupe de travail s'est fondé, pour ses délibérations, sur le texte d'un projet d'article qui lui avait été soumis dans la note établie par le secrétariat pour la session, à la suite d'une réunion d'un groupe spécial d'experts CMI-CNUDCI (A/CN.9/WG.IV/WP.69, par.95). Le texte de ce projet d'article était le suivant :

"Projet d'article "x". *Contrats de transport faisant intervenir des messages de données*

1. Le présent article s'applique à l'un quelconque des actes ci-après entrepris à propos d'un contrat de transport ou en application de ce contrat :

- a)
 - i) indication des marques, du nombre, de la quantité ou du poids des marchandises;
 - ii) déclaration de la nature ou de la valeur des marchandises;
 - iii) émission d'un reçu des marchandises;
 - iv) confirmation que les marchandises ont été chargées;

- b)
 - i) notification à une personne des conditions du contrat;
 - ii) communication d'instructions à un transporteur;

- c)
 - i) demande de livraison des marchandises;
 - ii) autorisation donnée pour la remise des marchandises;
 - iii) notification de la perte ou de l'endommagement des marchandises;
- d) Communication de toute autre notification dans le cadre de l'exécution du contrat;
- e) Engagement, irrévocable ou non, à livrer les marchandises à une personne désignée ou à une personne autorisée à demander la livraison;
- f) Octroi, acquisition, remise, transfert ou négociation des droits sur les marchandises ou renonciation à ces droits;
- g) Acquisition ou transfert de droits [, y compris les droits d'agir directement,] et obligations en vertu du contrat.

2. Lorsqu'une règle de droit exige, à propos de tout acte mentionné au paragraphe 1, qu'une information soit par écrit ou soit présentée par écrit ou sur un document papier, afin qu'une personne puisse acquérir une obligation ou s'en acquitter ou acquérir ou exercer un droit à propos d'un contrat de transport ou dans son exécution, ou prévoit certaines conséquences si l'information n'est pas par écrit, cette exigence est satisfaite si l'information figure dans un ou plusieurs messages de données.

3. Si l'un quelconque des actes énumérés au paragraphe 1 a pour objet de faire en sorte qu'un droit ou obligation devienne exclusivement celui d'une personne donnée et si une règle de droit exige, afin de donner effet à cette intention, que les informations relatives au droit ou à l'obligation doivent être communiquées à ladite personne par écrit ou sur un document papier, cette exigence est satisfaite si la communication de l'information se fonde sur l'utilisation d'un ou plusieurs messages de données, à condition que soit également utilisée une méthode permettant de garantir de manière fiable que le droit ou l'obligation incombe à la personne visée et à aucune autre personne.

4. Si une question est soulevée quant au point de savoir si les conditions énoncées au paragraphe 3 du présent article ont été satisfaites, la norme de fiabilité requise doit être appréciée compte tenu de la fin pour laquelle la communication a été faite et de toutes les circonstances, y compris toute convention entre les parties.

[5. Lorsqu'une règle de droit exige que des informations relatives à un contrat de transport soient conservées, communiquées, reçues ou traitées de toute autre manière, cette exigence est satisfaite pour la mise en œuvre d'un registre ou d'une base de données [par une des parties au contrat de transport ou par un tiers].]

6. Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas dans les situations suivantes : [...]."

A. Observations générales

54. Avant d'entreprendre l'analyse des différentes dispositions du projet d'article "x", le Groupe de travail a eu un débat général portant sur la relation entre le projet d'article "x" et le corps du texte de la Loi type. Il a également examiné un certain nombre de questions générales découlant des sujets abordés dans le projet d'article "x" et la manière dont elles y étaient traitées.

1. Champ d'application du projet d'article "x"

55. Il a été noté d'emblée que le projet d'article "x" mettait l'accent sur la négociabilité de droits découlant du contrat de transport de marchandises, et qu'il contenait de ce fait des dispositions assez spécifiques. Selon un avis, de telles dispositions concernant une branche particulière n'étaient pas compatibles avec les autres dispositions figurant dans le projet de Loi type, qui avaient un caractère général et n'établissaient pas de règles visant un type particulier d'activité ou d'opération commerciale. Pour ne pas rompre la cohérence de l'approche

générale adoptée pour le projet de Loi type, il a été proposé de concentrer les travaux sur l'élaboration de dispositions qui seraient à insérer au chapitre II du projet de Loi type, traitant de la négociabilité de droits sur les marchandises en général, en même temps que d'autres dispositions portant sur l'application générale d'exigences légales aux messages de données. Il a été dit aussi que le fait de combiner dans la même Loi type un ensemble de dispositions générales, comme celles qui figuraient aux chapitres premier à III du projet de Loi type, et des dispositions spécifiques ayant trait aux documents de transport, risquait de soulever des questions quant aux motifs pour lesquels il était nécessaire d'avoir des règles particulières dans le seul domaine des transports et non dans les autres domaines énumérés dans la définition du terme "commercial" donnée dans la note relative à l'article premier. On a avancé qu'il faudrait inclure des explications à ce sujet dans le guide pour l'incorporation de la Loi type dans le droit interne.

56. En réponse à ces observations, il a été rappelé que la Commission, à sa vingt-huitième session, avait approuvé la recommandation du Groupe de travail selon laquelle l'étude dont serait chargé le secrétariat devrait mettre particulièrement l'accent sur les documents de transport maritime EDI². L'opinion qui a prévalu a été que la recommandation faite par le Groupe de travail à sa vingt-neuvième session était particulièrement pertinente, compte tenu de la nécessité de dispositions visant une branche particulière dans le domaine du transport de marchandises par mer. Il a été souligné que c'était dans le contexte du transport de marchandises que les communications électroniques avaient le plus de chances d'être utilisées et qu'il était le plus urgent d'avoir un cadre juridique facilitant une telle utilisation. Il a aussi été rappelé que, pendant tout le temps qu'avait duré l'élaboration du projet de Loi type, le Groupe de travail s'était-il est vrai concentré sur les dispositions générales nécessaires pour faciliter l'utilisation de l'EDI, mais il n'avait jamais exclu l'éventualité d'élaborer aussi des dispositions visant une branche particulière si la nécessité en était reconnue. Il a été rappelé enfin que, à la vingt-septième session de la Commission, s'il avait été demandé au Groupe de travail d'élaborer une série de projets de dispositions de base concernant l'utilisation de l'EDI pour examen à la vingt-huitième session de la Commission, on avait fait observer que de nouvelles dispositions pourraient être ajoutées à un stade ultérieur, d'autant que l'EDI était un domaine où la technologie évoluait rapidement³.

57. S'agissant du champ d'application du projet d'article "x", il a été déclaré que, si les travaux devaient être axés sur les connaissements maritimes cessibles, il n'en fallait pas moins rechercher également des solutions pour la transposition d'autres documents de transport, en particulier non négociables, dans un environnement électronique (voir A/CN.9/WG.IV/WP.69, par. 83). Il a été noté que le projet d'article "x" contenait des dispositions qui s'appliquaient de la même manière aux documents de transport non négociables et au transfert de droits sur des marchandises par le biais de connaissements cessibles. De l'avis général, il faudrait indiquer clairement que les principes énoncés au projet d'article "x" étaient applicables non seulement au transport maritime, mais aussi au transport de marchandises par d'autres moyens, tels que la route, le rail et les moyens de transport multimodal. Il a été noté que l'élaboration de règles applicables aux documents de transport et non uniquement aux connaissements cessibles était compatible avec le mandat reçu de la Commission⁴.

58. Après délibération, le Groupe de travail a décidé d'entreprendre l'élaboration de dispositions concernant les documents de transport, en s'inspirant du projet d'article "x" dont le fond a été jugé généralement acceptable. Il a été convenu que si le débat faisait ressortir que certaines des règles élaborées pour les documents de transport donnaient des indications utiles sur la manière de traiter les questions générales relatives au transfert de droits par des communications électroniques, il serait peut-être nécessaire d'examiner plus avant les moyens d'incorporer ces principes dans une disposition ayant une application plus générale.

2. Relation entre le projet d'article "x" et d'autres dispositions du projet de Loi type

59. S'agissant de l'emplacement possible du projet d'article "x" dans la Loi type, diverses propositions ont été faites quant à la meilleure façon d'indiquer dans la structure du texte que la Loi type associait des règles devant

²Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 17 (A/50/17), par. 309.

³Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, Supplément n° 17 (A/49/17), par. 200.

⁴Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 17 (A/50/17), par. 309.

avoir une application générale et certaines dispositions conçues plus spécialement pour les documents de transport ainsi, éventuellement, que d'autres dispositions visant une branche particulière qui pourraient être ajoutées à un stade ultérieur. Il a été proposé de placer le projet d'article "x" dans un chapitre séparé. A l'encontre de cette suggestion, on a fait valoir que cela risquait de ne pas marquer suffisamment la différence entre les règles générales contenues aux chapitres premier à III et les dispositions particulières de l'article "x". Il a aussi été proposé de placer le projet d'article "x" en annexe au projet de loi, ce qui aurait pour avantage de faciliter l'adjonction de dispositions visant une branche particulière, susceptibles d'être élaborées à un stade ultérieur. Il a toutefois été fait observer qu'en plaçant le projet d'article "x" en annexe, on risquait de susciter involontairement des doutes quant à la valeur juridique de cet article, à son rapport avec le reste de la Loi type et à la mesure dans laquelle il a été approuvé par le Groupe de travail et par la Commission.

60. Après un débat, le Groupe de travail a convenu que le projet d'article devrait être incorporé à la Loi type d'une manière qui reflète à la fois la nature particulière des dispositions concernant les documents de transport et leur statut juridique, qui devrait être le même que celui des dispositions générales figurant au chapitres premier à III du projet de Loi type. De l'avis général, il était nécessaire de placer les deux types de dispositions sur un pied d'égalité, dans la mesure où les règles particulières devraient s'appliquer cumulativement avec les règles générales. A cet égard, les dispositions énoncées au chapitre II concernant les conditions que devraient remplir les équivalents fonctionnels de l'"écrit", de la "signature" et de l'"original" étaient particulièrement importantes, puisqu'elles seraient aussi applicables aux équivalents fonctionnels des connaissements. Le Groupe de travail a décidé de proposer à la Commission que les chapitres premier à III du projet de Loi type constituent la première partie de la Loi type et que le projet d'article "x" en forme la deuxième partie. On a fait valoir que l'adoption d'une telle structure permettrait plus facilement d'ajouter au besoin d'autres dispositions visant une branche particulière. D'autre part, on a convenu qu'il serait peut-être nécessaire d'expliquer l'interaction entre le projet d'article "x" et les autres dispositions du projet de Loi type dans le texte de la décision que prendrait la Commission lors de l'adoption de la Loi type, et dans sa recommandation à l'Assemblée générale.

3. Possibilités d'extension des principes énoncés dans le projet d'article "x"

61. Selon un avis, il devait être possible, à partir du projet d'article "x" (en particulier de ses paragraphes 3 et 4), de définir des règles générales concernant le transfert de droits grâce à l'utilisation d'équivalents fonctionnels de titres représentatifs dans un environnement électronique.

62. S'il a été dans l'ensemble convenu que des règles générales étaient peut-être souhaitables à ce sujet, des doutes ont été exprimés quant à la possibilité de créer des équivalents fonctionnels de tous les titres représentatifs uniquement en étendant les principes contenus dans le projet d'article "x". On a généralement estimé par exemple que les travaux sur des titres tels que les titres de change et les titres boursiers pourraient faire apparaître des problèmes complexes ne pouvant être résolus par de simples dispositions s'inspirant du projet d'article "x". Ces questions pouvaient peut-être faire l'objet de travaux futurs à entreprendre en consultation avec le secteur bancaire, mais de l'avis général le Groupe de travail ne pouvait pas se lancer dans l'élaboration de telles règles générales à la présente session.

4. Teneur du projet d'article "x"

63. Il a été proposé d'ajouter des dispositions concernant le moment de la cession des droits possessoires sur les marchandises dans le cadre des équivalents fonctionnels des connaissements. Il a été déclaré qu'il pourrait être nécessaire de déterminer le moment où la transmission de messages de données produirait l'effet juridique résultant de la transmission physique d'un connaissement sur papier. Cette proposition n'a pas recueilli un appui suffisant. On a fait valoir que toute tentative visant à déterminer le moment du transfert de droits sur les marchandises toucherait nécessairement à la substance du régime juridique des connaissements sur papier, sujet qui pourrait se prêter à des travaux futurs sur le droit positif (voir infra par. 104 à 108) mais que l'on n'avait pas besoin d'aborder pendant l'élaboration de l'équivalent fonctionnel d'un connaissement sur papier. On a fait observer qu'il y avait déjà des incertitudes dans un environnement papier quant à la situation juridique existant entre le moment où un connaissement papier était envoyé et le moment où il était reçu. De nombreux pays avaient des règles juridiques concernant le moment où les droits matérialisés, par exemple par un connaissement sur papier envoyé par courrier, étaient transférés à un destinataire. De l'avis général, le projet de Loi type ne

devait pas empiéter sur ces règles. Il a été noté, par ailleurs, qu'il contenait déjà une règle optionnelle concernant le moment et le lieu d'expédition et de réception des messages de données. Cette règle, qui figurait actuellement au projet d'article 14, a été généralement considérée comme offrant une solution aux utilisateurs qui pourraient souhaiter l'adopter, et un cadre suffisant aux États qui pourraient envisager de l'adopter.

B. Dispositions du projet d'article "x"

1. Paragraphe 1

64. Le Groupe de travail a jugé que le paragraphe 1 était dans l'ensemble acceptable quant au fond. On a craint que ce paragraphe, qui établissait le champ d'application du projet d'article "x", ne soit d'une portée trop large. On a déclaré que ce paragraphe engloberait un large éventail de documents utilisés dans le contexte du transport de marchandises, y compris, par exemple, les chartes-parties. Selon un avis, l'inclusion d'un document tel que les chartes-parties dans le champ d'application de l'article "x" pourrait être considérée comme inappropriée en vertu de la législation de certains pays. Il a été répondu qu'en traitant de manière globale des contrats de transport de marchandises, le paragraphe 1 était conforme à la décision prise par le Groupe de travail de traiter de tous les documents de transport, qu'ils soient négociables ou non négociables, sans exclure des documents particuliers tels que les chartes-parties. Il a été souligné que, si un État ne souhaitait pas que l'article "x" s'applique à un type particulier de document ou de contrat, il pourrait recourir à la clause d'exclusion énoncée au paragraphe 6.

65. Il a été convenu dans l'ensemble que le paragraphe 1 était de caractère illustratif et que, bien que les actes mentionnés soient plus courants dans le commerce maritime, ils ne se rattachaient pas exclusivement à ce type de commerce et pouvaient être exécutés dans le cadre d'un transport aérien ou d'un transport multimodal de marchandises. Il a été proposé de mieux faire ressortir le caractère illustratif du paragraphe 1 en ajoutant les mots "y compris, mais non exclusivement" dans le chapeau du paragraphe 1. Il a également été convenu de limiter toutes les références au "contrat de transport", dans le projet d'article "x", au transport de marchandises.

66. Pour ce qui est de l'alinéa g), le Groupe de travail s'est demandé s'il faudrait conserver les mots "y compris les droits d'agir directement" figurant entre crochets. A l'appui de leur maintien, il a été déclaré qu'une référence au droit d'agir serait peut-être nécessaire, afin qu'il soit bien clair que le transfert de certains droits devait entraîner le transfert des droits correspondants d'agir en justice. On a également estimé qu'en mentionnant le droit d'agir, on faciliterait peut-être la reconnaissance des droits des personnes qui n'étaient pas parties au contrat de transport, par exemple le destinataire et ses agents, d'intenter une action pour livraison des marchandises. Toutefois, selon l'avis qui a prévalu, en vertu des lois de la plupart des pays, le transfert des droits substantiels entraînait *ipso facto* le transfert des "droits d'agir" correspondants. Le maintien des mots entre crochets risquait donc d'être source de confusion. En outre, le Groupe de travail a convenu que son mandat ne s'étendait pas à des questions aussi vastes que la représentation et la relativité des contrats et qu'il ne serait pas approprié que le projet d'article "x" porte atteinte aux règles nationales et aux conventions internationales sur ces questions.

2. Paragraphe 2

67. Selon un avis, le paragraphe 2, qui, quant au fond, reprenait les dispositions de l'article 5, était axé de manière inappropriée sur la transmission de l'information. Il a été déclaré que, dans le contexte des documents de transport, il fallait établir non seulement les équivalents fonctionnels de l'information écrite à propos des actes visés au paragraphe 1, mais également les équivalents fonctionnels de l'exécution de tels actes au moyen de documents papier. Il a été expliqué que les équivalents fonctionnels étaient particulièrement importants pour le transfert des droits et obligations au moyen du transfert de documents écrits. Il a été répondu que, si l'article 5 traitait des informations écrites, le paragraphe 2 avait précisément pour objet de traiter de la question de savoir si les actes ou fonctions énumérés au paragraphe 1 pouvaient être exécutés par des moyens électroniques. Par exemple, le paragraphe 2 avait pour objet de remplacer à la fois les exigences d'un contrat de transport écrit et l'exigence d'un endossement et d'un transfert par un connaissance. Il a toutefois été jugé dans l'ensemble que l'orientation de la disposition relative aux actes mentionnés au paragraphe 1 devrait être plus claire, compte tenu notamment des difficultés que l'on pourrait rencontrer dans certains pays pour reconnaître la transmission d'un message de données en tant qu'équivalent fonctionnel du transfert matériel des marchandises ou du transfert d'un titre représentatif de ces marchandises. Après un débat, le Groupe de travail a décidé que la référence à une

"information" au paragraphe 2 serait remplacée par une référence aux "actes" visés au paragraphe 1. En réponse à une suggestion selon laquelle il faudrait conserver une référence à l'information écrite au paragraphe 2, il a été estimé dans l'ensemble que les équivalents fonctionnels des informations écrites étaient suffisamment traités à l'article 5 et au paragraphe 2.

68. Divers avis ont été exprimés et des suggestions ont été faites à propos de la teneur du paragraphe 2. Selon un avis, si l'article 5 du projet de Loi type traitait du cas où la loi exigeait qu'une information soit par écrit, il ne traitait pas de manière satisfaisante du cas où, bien que la loi n'exige pas qu'une information soit par écrit, une règle de droit prévoyait certaines conséquences si cette information était volontairement mise par écrit. Le paragraphe 2 donnait donc peut-être une possibilité de traiter de ce dernier cas. Comme ils n'étaient pas nécessaires dans le contexte du paragraphe 2, il a été proposé de supprimer les mots "on prévoit certaines conséquences si l'information n'est pas par écrit". Si cette suggestion a reçu un certain appui, il a été jugé dans l'ensemble que les deux cas décrits ci-dessus étaient suffisamment traités à l'article 5.

69. Pour ce qui est de la forme, il a été convenu dans l'ensemble qu'un libellé tel que "lorsqu'une règle de droit exige qu'une information soit par écrit ou prévoit certaines conséquences si l'information n'est pas par écrit, cette exigence est satisfaite" risquerait d'être mal interprété. En particulier, il a été jugé que ce libellé ne précisait pas avec suffisamment de clarté qu'un message de données serait considéré comme équivalant à un écrit dans les deux cas où une règle de droit exigeait qu'une information soit par écrit et où une règle de droit prévoyait certaines conséquences si l'information n'était pas par écrit. Après un débat, le Groupe de travail a convenu que le libellé du paragraphe 2 devrait rester similaire à celui de l'article 5. Il a toutefois été fortement souligné que l'attention de la Commission devrait être appelée sur l'ambiguïté que pouvait créer le texte de l'article 5.

70. Pour ce qui est de la référence à une "règle de droit" au paragraphe 1 et plus généralement dans le projet d'article "x", il a été jugé qu'il faudrait la compléter par une référence aux usages et à la pratique. Il a été noté que, dans certaines juridictions, l'exigence que l'information soit produite sous forme documentaire ne découlait pas d'une "règle de droit", mais de la coutume et de la pratique, qui étaient suivies de manière si régulière qu'elles avaient acquis une autorité *de facto*, même si elles n'étaient peut-être pas reconnues comme des règles impératives par l'autorité judiciaire. A l'appui de cette suggestion, il a été noté que des parties telles que les autorités portuaires ne devraient pas être autorisées à faire obstacle à une décision du chargeur et du transporteur d'utiliser des messages de données dans le cadre de leur contrat de transport, en leur imposant des coutumes et pratiques arbitraires exigeant l'utilisation de documents papier. On a objecté que, si la Loi type se substituait à des exigences découlant de la coutume ou de la pratique qui étaient de caractère contractuel, elle aurait pour résultat non souhaité de contraindre les parties à utiliser des moyens de communication EDI. Il a été rappelé que, lors du débat sur l'article 5 du projet de Loi type, la Commission avait décidé que le champ d'application de l'article 5 serait limité aux règles de droit⁵. Après un débat, le Groupe de travail a décidé qu'aucune référence à la coutume et à la pratique ne serait incluse au paragraphe 2. On a toutefois craint qu'une interprétation étroite des mots "règle de droit" ne soit pas conforme au sens large de l'expression "règles de droit" à l'article 28 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international⁶, qui se distinguait de l'expression plus étroite "loi ou système juridique d'un État donné", utilisée dans le même article. Il a été noté que cette question devrait être réexaminée par la Commission.

71. Après un débat, le Groupe de travail a convenu que le paragraphe 2 devrait être modifié et libellé comme suit : "Lorsqu'une règle de droit exige que tout acte visé au paragraphe 1 soit exécuté par écrit ou au moyen d'un document papier, ou prévoit certaines conséquences s'il ne l'est pas, cette exigence est satisfaite si l'acte est exécuté au moyen d'un ou plusieurs messages de données".

3. Paragraphe 3

72. On a fait observer que le paragraphe 3, en combinaison avec le paragraphe 4, avait pour objectif de faire en sorte qu'un droit ne puisse être transmis qu'à une seule personne, et qu'il ne soit pas possible à plus d'une

⁵*Ibid.*, par. 231 à 235.

⁶*Documents officiels de l'Assemblée générale, quarantième session, Supplément n° 17 (A/40/17), annexe I.*

personne de le revendiquer à quelque moment que ce soit. Ces deux paragraphes avaient pour effet de poser une exigence exprimée par les termes "garantie d'unicité". Il a été déclaré que, si des procédures étaient instaurées pour permettre la transmission d'un droit ou d'une obligation par des moyens électroniques au lieu d'un document papier, il était nécessaire de faire de la garantie d'unicité une des caractéristiques essentielles de ces procédures. Les dispositifs techniques de sécurité offrant une telle garantie seraient presque nécessairement incorporés à tout système de communication offert aux milieux commerciaux et il faudrait en démontrer la fiabilité. Toutefois, il était également nécessaire de franchir l'obstacle que représentaient les exigences du droit selon lesquelles la garantie d'unicité devait être démontrée, par exemple dans le cas où des documents papier tels que des connaissements étaient traditionnellement utilisés. De l'avis général, il fallait une disposition dans l'esprit du paragraphe 3 pour permettre l'utilisation de communications électroniques au lieu de documents papier.

73. Selon une opinion, le paragraphe 3 ne remplissait pas pleinement sa fonction, dans la mesure où il faisait simplement référence à la communication d'informations concernant le droit ou l'obligation. Pour les raisons examinées à propos du paragraphe 2, il a été généralement convenu qu'il était nécessaire de faire référence au transfert des droits ou obligations contenus dans le document papier (voir par.). Il a été proposé, à cet effet, de remplacer les mots "les informations relatives au droit ou à l'obligation doivent être communiquées" par les mots "le droit ou l'obligation doit être transmis".

74. Diverses propositions ont été faites pour améliorer la rédaction du paragraphe 3. Pour des raisons de clarté, il a été proposé de remplacer les mots "un droit ou une obligation devienne" par les termes "un droit doit être accordé, ou une obligation doit être acquise par,". Pour établir clairement la portée de la garantie d'unicité dont il était question au paragraphe 3, il a été proposé de remplacer les mots "exclusivement celui d'une personne donnée" par les mots "d'une personne et aucune autre". Il a été proposé par ailleurs de supprimer les mots "de faire en sorte qu'" et "intention", car on a considéré qu'ils suscitaient des questions sur la définition de l'intention et l'identité de la personne ayant cette intention. Le libellé ci-après a donc été proposé :

"Si un droit doit être accordé à une personne et aucune autre, ou si une obligation doit être acquise par cette personne et aucune autre, et si une règle de droit exige à cette fin que le droit ou l'obligation soit transmis à cette personne par le transfert d'un document papier, cette exigence est satisfaite si le droit ou l'obligation est transmis par tout moyen incluant l'utilisation d'un ou plusieurs messages de données, à condition que soit utilisée une méthode permettant de garantir de manière fiable que le droit ou l'obligation incombe à la personne visée et à aucune autre personne."

75. Le Groupe de travail s'est basé, pour ses délibérations, sur cette version révisée du paragraphe 3. A l'encontre de la proposition tendant à supprimer le mot "exclusivement" pour le remplacer par les mots "à une personne et aucune autre", on a fait valoir que ces derniers pourraient être interprétés comme excluant les cas où les droits pour les marchandises désignées dans un connaissement pouvaient être cédés, en totalité ou en partie, à plus d'une personne. On s'est toutefois rendu compte que de telles situations ne se produiraient pas dans la pratique, car les transporteurs, pour éviter d'avoir à appliquer des instructions contradictoires émanant de destinataires différents, n'acceptaient généralement pas de transporter des marchandises lorsqu'un connaissement mentionnait des cessionnaires multiples. Il a été fait observer par ailleurs que le mot "personne", dans la proposition susmentionnée, n'excluait pas nécessairement l'existence de destinataires multiples, s'il y avait accord entre toutes les parties sur ce point. On a fait remarquer aussi que le mot "personne" était employé, par exemple, à l'article 15 de la Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux (résolution 43/165 de l'Assemblée générale, annexe, en date du 9 décembre 1988), sans connotation limitative. On a estimé que pour éviter des malentendus quant au sens de l'expression susmentionnée, il faudrait inclure dans le Guide sur l'incorporation de la Loi type au droit interne un commentaire expliquant que la référence à "une personne" n'excluait pas la possession conjointe de droits sur les marchandises ou d'autres droits matérialisés dans un connaissement.

76. Le Groupe de travail a examiné la méthode à employer pour "garantir de manière fiable que le droit ou l'obligation incombe à la personne visée et à aucune autre personne". Selon une opinion, il faudrait, pour apporter une telle garantie, empêcher l'utilisation simultanée de connaissements électroniques et de connaissements papier, cas qui n'était pas traité au paragraphe 3 ni dans aucune autre disposition du projet d'article "x". Il a été proposé d'insérer dans ce projet d'article une disposition particulière à cet effet (voir infra par. 92 à 103). Toutefois, on a fait valoir que, dans la pratique, il ne serait ni rentable ni rationnel pour les

transporteurs d'effectuer des opérations à la fois par des moyens EDI et des moyens traditionnels et qu'il était peu probable que des connaissements soient émis sous les deux formes. Il a été déclaré en outre que les parties elles-mêmes, et des tiers tels que les banques, exigeraient qu'il leur soit garanti qu'il n'y a pas duplication d'un titre représentatif, dans la mesure où aucune confiance ne serait possible avec un système permettant l'utilisation des deux moyens à la fois. Il a été demandé si la garantie fiable évoquée au paragraphe 3 signifiait une garantie quant à l'intégrité des données transmises par l'EDI ou la garantie que, en droit, le droit ou l'obligation incombait "à la personne visée et à aucune autre personne". Il a été répondu que le projet d'article "x" ne traitait pas des questions de droit positif, mais portait uniquement sur le système utilisé pour transmettre l'information ou transférer le droit ou l'obligation, selon le cas. A cet égard, la garantie fiable évoquée au paragraphe 3 concernait les exigences générales de sécurité et de fiabilité du système à proprement parler.

77. On a fait valoir que les droits ou obligations pouvaient être transmis par d'autres moyens que le transfert effectif d'un connaissement. Pour bien indiquer que le paragraphe 3 ne s'appliquait pas uniquement aux cas où le transfert effectif du document lui-même était exigé, il a été convenu d'insérer les mots "ou l'utilisation" entre les mots "par le transfert" et les mots "d'un document papier". Après un débat, le Groupe de travail a adopté le texte du paragraphe 3 révisé.

4. Paragraphe 4

78. De l'avis général, la sécurité était un élément crucial pour le succès d'un système de commerce international fondé sur l'EDI. Le Groupe de travail a envisagé le fonctionnement de dispositifs et mécanismes possibles de sécurité, tels que l'utilisation de l'horodatage, de la cryptographie, de codes d'accès et d'une signature numérique. A cet égard, il a été fait observer que les progrès technologiques étaient imprévisibles et que, du fait que le Groupe de travail ne possédait pas les compétences techniques requises dans le domaine de la sécurité de l'information électronique, il devrait concentrer son attention sur le système d'enregistrement, qui était considéré comme seul système fiable existant pour le moment. Le Groupe de travail a estimé dans l'ensemble qu'il ne serait pas souhaitable de faire référence, dans le cadre du projet d'article "x", à un système ou mécanisme de sécurité particulier, afin de ne pas lier la Loi type à des technologies qui pourraient fort bien tomber en désuétude dans l'avenir proche. On a fait remarquer que des normes de sécurité, aussi élaborées et aussi adroitement formulées fussent-elles, ne fournissaient pas de garantie absolue contre la possibilité de fraude, qui existait également dans un environnement papier. Dans l'éventualité où le Groupe de travail envisagerait d'établir des normes de sécurité, il lui faudrait alors envisager aussi les sanctions qu'entraînerait le non-respect de ces normes. A cet égard, l'avis a été émis que les parties concernées (chargeurs, transporteurs, banques, acheteurs) trouveraient naturellement une solution pratique comme l'avaient déjà fait ou étaient en train de le faire certains groupes (tels que les banques). On a ajouté que la sécurité était avant tout une question de fiabilité du système et de responsabilité en cas de défaillances. En outre, quiconque exerçait la fonction de registre serait responsable de la négligence de son personnel ou du défaut de protection du système contre une utilisation non autorisée.

79. Le paragraphe 4 a été jugé généralement acceptable quant au fond. Il a été estimé dans l'ensemble qu'il abordait de façon adéquate la question de la sécurité et qu'il serait difficile, à ce stade, de formuler une norme de sécurité plus précise qui prendrait en compte tous les problèmes possibles.

80. Sur le plan de la forme, on a estimé qu'il était nécessaire d'apporter quelques modifications pour harmoniser le paragraphe 4 avec le nouveau libellé du paragraphe 3 adopté par le Groupe de travail. Ainsi, il a été proposé de remplacer les mots "la communication a été faite" par les mots "le droit ou l'obligation a été transmis". Après un débat, le Groupe de travail a adopté le paragraphe 4 rédigé comme suit :

"Si une question est soulevée quant au point de savoir si les conditions énoncées au paragraphe 3 du présent article ont été satisfaites, la norme de fiabilité requise doit être appréciée compte tenu de la fin pour laquelle le droit ou l'obligation a été transmis et de toutes les circonstances, y compris toute convention entre les parties."

5. Paragraphe 5

81. Il a été fait observer que le texte du paragraphe 5 avait été placé entre crochets afin de rappeler au Groupe de travail l'importance des systèmes d'enregistrement qui seraient probablement utilisés à l'avenir pour le transfert

de droits dans le transport maritime. On a généralement estimé que des travaux futurs pourraient être nécessaires au sujet du rôle des registres, en particulier pour ce qui est de leurs droits et obligations (voir infra par. 112 et 113). De l'avis général, toutefois, une disposition comme celle qui figurait au paragraphe 5 n'était pas nécessaire dans la Loi type et son inclusion risquait de soulever des questions difficiles, par exemple en ce qui concerne la définition d'un registre. On a fait observer qu'il n'était pas nécessaire d'autoriser spécifiquement l'utilisation de registres, dans la mesure où les parties étaient libres d'en établir un et où il ne semblait pas y avoir de règle générale de droit interdisant leur utilisation.

82. A l'issue du débat, le Groupe de travail a décidé de supprimer le paragraphe 5. Il a été convenu que le Guide pour l'incorporation de la Loi type devrait comporter une indication sur l'importance et le rôle prévisible des registres pour ce qui est du transfert de droits et d'obligations.

6. Paragraphe 6

83. Le Groupe de travail a jugé le paragraphe 6 généralement acceptable quant au fond.

C. Dispositions additionnelles proposées pour le projet d'article "x"

1. Application des lois ou conventions internationales relatives au transport

84. Il a été noté que, tel qu'il était actuellement libellé, le projet d'article "x" ne traitait pas directement de l'application de certaines lois aux contrats de transport de marchandises par mer. Par exemple, en vertu des règles de La Haye et des Règles de La Haye-Visby, un contrat de transport était un contrat constaté par un connaissance. L'utilisation d'un connaissance ou d'un titre représentatif similaire découlait du fait que les Règles de La Haye et les Règles de La Haye-Visby étaient impérativement applicables à un contrat de transport. Il a été noté qu'à ce stade, ces règles ne seraient pas applicables automatiquement aux contrats constatés par un ou plusieurs messages de données. Il a donc été proposé que la disposition ci-après soit ajoutée au projet d'article "x" :

"n) Si une règle de droit est impérativement applicable à un contrat de transport qui figure dans un document papier ou est constatée par lui, cette règle n'est pas rendue inapplicable à un contrat de transport de marchandises constaté par un ou plusieurs messages de données du fait que le contrat est constaté par de tels messages et non par un document papier."

85. Il a été rappelé qu'un connaissance revêtait traditionnellement la forme d'un document papier et que les messages de données, bien qu'équivalents fonctionnels d'un connaissance, étaient par nature différents du connaissance traditionnel. Il a été convenu qu'il n'était pas nécessaire d'énoncer clairement l'applicabilité à un contrat de transport figurant dans des messages de données ou constaté par eux, des règles de droit qui auraient été applicables à ce même contrat s'il avait figuré dans un connaissance ou avait été constaté par lui.

86. On s'est demandé si l'objectif visé par cet ajout proposé du paragraphe n) au projet d'article "x" n'était pas déjà atteint par l'article 4 de la Loi type prévoyant que 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 message de données. A ce propos, on a craint que l'ajout proposé ne soit interprété comme limitant le champ d'application de l'article 4 du projet de Loi type. Il a été répondu que, si l'article 4 veillait à ce que l'information contenue dans un message de données se voie accorder des effets légaux, il ne traitait pas des règles de droit substantielles pouvant être applicables à un contrat contenu dans des messages de données ou constaté par eux. Il a également été rappelé que l'objet de conventions internationales telles que les Règles de Hambourg, les Règles de La Haye, les Règles de La Haye-Visby ou la Convention de Varsovie, était d'établir un régime de responsabilité applicable aux transporteurs internationaux de marchandises par air ou par mer. Chacun de ces instruments énonçait des exigences particulières régissant son applicabilité à un contrat donné. Faute d'une disposition telle que le paragraphe n) proposé, il serait possible à une partie au contrat désireuse d'exclure l'application de l'un ou l'autre de ces instruments, d'avancer que les contrats de transport figurant dans des messages de données ou constatés par eux ne satisfaisaient pas aux exigences énoncées pour l'application du régime de responsabilité. On a ajouté qu'une disposition telle que l'article 4 du projet de Loi type ne suffirait pas à éviter de telles éventualités.

87. Les participants ont procédé à un échange de vues sur la référence, figurant dans le paragraphe *n*) proposé, aux règles "impérativement applicables" à un contrat de transport et sur le sens des termes "cette règle n'est pas rendue inapplicable". Il a été avancé que l'on pourrait obtenir le même résultat plus simplement, en disposant que les règles applicables à un contrat de transport constaté par des documents papier sont également applicables aux contrats de transport constatés par des messages de données. Il a été répondu qu'étant donné le vaste champ d'application du projet d'article "x", englobant non seulement les connaissements, mais aussi divers autres documents de transport, une telle disposition simplifiée risquerait d'avoir pour effet - non souhaité - d'élargir l'applicabilité de règles telles que les Règles de Hambourg et les Règles de La Haye-Visby à des contrats auxquels ces règles n'étaient pas censées s'appliquer. Pour ce qui est de l'ajout proposé au projet d'article "x", il importait de surmonter l'obstacle tenant au fait que les Règles de La Haye-Visby et d'autres règles impérativement applicables aux connaissements ne s'appliqueraient pas automatiquement aux contrats de transport constatés par des messages de données sans que cela n'entraîne, ce qui n'était pas souhaité, une extension de l'application de ces règles à d'autres types de contrats.

88. Le Groupe de travail a adopté le paragraphe *n*) proposé. Il a été convenu qu'un commentaire approprié serait ajouté dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type, afin d'expliquer le champ d'application précis du paragraphe *n*) proposé et de préciser que ce paragraphe complétait l'article 4, sans limiter ou modifier de toute autre manière le statut de cet article.

2. Négociabilité ou non-négociabilité des droits contenus dans des messages de données ou constatés par eux

89. Il a été rappelé que, comme en avait déjà débattu le Groupe de travail (voir supra par. 36), les documents de transport étaient soumis à divers régimes juridiques quant au fond et que, dans certaines juridictions, l'application de tel ou tel régime juridique pouvait dépendre du point de savoir si le document portait l'indication "négociable" ou "non négociable". On a craint que, puisque l'article "x" n'exigeait pas que les messages de données comportent une telle indication, des problèmes pratiques ne se posent lorsqu'il s'agirait de déterminer le régime juridique applicable à un contrat de transport figurant dans des messages de données ou constatés par eux. Afin de répondre à cette préoccupation, il a été proposé d'ajouter la disposition suivante au projet d'article "x" :

"*) Lorsqu'un contrat de transport de marchandises fondé sur un document papier aurait comporté l'indication "négociable" ou "non négociable", les messages de données utilisés pour former un tel contrat indiquent par un code ou de toute autre manière si le contrat est "négociable" ou "non négociable".

90. L'inclusion de ce paragraphe *) proposé a reçu un certain appui, à condition qu'il soit modifié pour préciser si la négociabilité du connaissement était fondée sur la loi ou sur un contrat. En réponse à un avis selon lequel le paragraphe *) proposé traitait essentiellement d'une question de droit matériel, qu'il serait mieux de laisser aux parties qui pourraient la régler dans le cadre des lois nationales et des conventions internationales applicables, il a été déclaré que la disposition proposée ne traitait pas directement de la question de la négociabilité des connaissements, mais faisait référence à la volonté, ou à l'obligation, de l'émetteur d'indiquer si les documents de transport étaient négociables ou non.

91. Selon l'avis qui a prévalu, cependant, le paragraphe *) proposé ne devrait pas être adopté. Il a été jugé dans l'ensemble que la règle proposée empiétait sur le droit matériel. Il a également été jugé que l'adoption d'une telle règle poserait des problèmes, étant donné notamment que, comme l'avait noté auparavant le Groupe de travail, dans certains cas, un document de transport donné serait considéré comme non négociable en vertu des lois du pays où il avait été émis et comme négociable dans les pays où les marchandises étaient livrées. En outre, on a douté que la règle proposée soit vraiment nécessaire. Il a été noté que le paragraphe *n*) de l'article "x" disposait que, lorsqu'une règle de droit était impérativement applicable à un contrat de transport qui figurait dans un document papier ou était constaté par lui, cette règle n'était pas rendue inapplicable à un contrat de transport de marchandises constaté par un ou plusieurs messages de données. Ainsi, toute exigence du droit matériel concernant l'apposition d'indications sur des documents de transport, qui aurait été applicable aux documents papier, serait également applicable aux messages de données. Il a été noté que, dans la pratique, la loi applicable au transport de marchandises par mer pouvait exiger que l'émetteur d'un connaissement indique sur ce connaissement que celui-ci était négociable, mais n'exigeait en général pas que soit mentionné le caractère non

négociable du document de transport. Si l'émetteur indiquait que le connaissance était négociable, la question était résolue et le projet de disposition n'était pas nécessaire. Un problème pourrait se poser lorsque l'émetteur n'apposait pas une telle indication sur le connaissance, mais le projet de disposition ne traitait pas de ce cas. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de ne pas adopter le paragraphe *) proposé.

3. Situations dans lesquelles des documents papier et des messages de données pourraient être utilisés simultanément

92. On a rappelé au Groupe de travail les craintes exprimées antérieurement par certaines délégations, selon lesquelles des documents papier et des messages de données pourraient être utilisés simultanément pour le même contrat de transport (voir supra par. 39). On a dit qu'il faudrait tenir compte de ces craintes tout en préservant la possibilité pour les parties d'abandonner l'échange de messages de données pour revenir à des opérations sur papier si les circonstances l'exigeaient. Il a été souligné que si les parties à un contrat de transport pouvaient mener leurs opérations par l'intermédiaire de messages de données, des tiers, tels que les autorités douanières et portuaires, pouvaient continuer d'exiger que des informations leur soient fournies sur des documents papier. Par conséquent, il faudrait que la Loi type comporte une disposition permettant de passer des messages de données aux documents papier. Il a été proposé d'ajouter à l'article "x" la disposition suivante, inspirée de l'article 10 des règles du CMI :

"***) Toute personne qui est partie à un contrat de transport de marchandises fondé sur des messages de données a la possibilité de cesser d'utiliser de tels messages et de revenir à l'utilisation de documents papier pour un tel contrat, à condition que cela ne cause pas de retard injustifié ou que cela ne perturbe pas la livraison des marchandises."

93. Divers avis ont été émis quant aux avantages du paragraphe **) proposé. Selon l'un de ces avis, l'inclusion dans l'article "x" d'une règle comme celle qui était proposée n'était pas appropriée. Pour étayer cette opinion, on a fait valoir qu'un système hybride de communications, à savoir un système comportant à la fois des communications sur papier et des communications électroniques, comportait deux dangers : celui d'être inefficace et celui de ne pas être sûr. Si le système était inefficace, par exemple s'il présentait des difficultés d'exploitation, il faudrait laisser aux parties toute latitude pour les résoudre. Si le système n'était pas sûr, les paragraphes 3 et 4 de l'article "x", qui faisaient référence à des normes acceptables de fiabilité, traitaient la question de façon suffisamment précise. A propos de l'autonomie des parties, on a donné l'exemple du système BOLERO, dans le cadre duquel il était prévu que les communications EDI n'auraient lieu qu'entre les membres de l'Association des utilisateurs de BOLERO, tandis que les communications avec l'extérieur devaient se faire sur papier. On a fait observer qu'il n'y avait aucune raison d'empiéter sur la liberté d'associations comme celles-ci pour réglementer la forme de leurs communications. On a fait observer aussi que le projet de disposition risquait, sans raison valable, de rejeter des pratiques dans lesquelles les parties utilisaient des moyens de communication différents à des fins différentes.

94. Selon l'opinion qui a prévalu, cependant, le projet de disposition était utile car il traitait de la nécessité fondamentale d'éviter le risque de duplication des connaissances. A l'appui de cette opinion, on a fait valoir qu'il faudrait autoriser une partie qui aurait convenu initialement d'utiliser des communications électroniques de passer à des communications papier si elle devenait incapable de maintenir des communications électroniques. Il a été déclaré qu'en pareil cas, l'autonomie des parties pouvait engendrer des iniquités dans la mesure où la partie la plus forte pourrait abuser de sa position pour contraindre la plus faible à continuer d'utiliser les communications EDI. On a fait observer en outre que l'utilisation de formes multiples de communications à des fins différentes, par exemple le papier pour des messages accessoires et les moyens électroniques pour le connaissance, ne posait pas de problèmes. Même l'article 10 des règles du CMI, dont le projet de disposition était inspiré, permettait à l'émetteur d'un connaissance électronique d'exiger une sortie sur imprimante des messages accessoires.

95. Plusieurs suggestions ont été faites en vue d'améliorer le projet de disposition. Selon l'une d'elles, l'accent devrait être mis sur l'effet juridique de la décision des parties de revenir aux communications papier, et non sur la décision elle-même, qui était une question relevant de l'autonomie des parties. Il a été proposé de remplacer la première phrase du projet de disposition par une formulation telle que : "L'abandon de l'utilisation de messages de données au profit de l'utilisation d'écrits ou de documents papier, et *vice versa*, n'a pas d'effet sur les

précédents paragraphes du présent article." Bien que l'on ait estimé que la modification proposée contenait des éléments positifs, on s'est inquiété de ce qu'elle risquait par inadvertance d'aboutir à l'application de la Loi type même après que les parties auraient décidé de revenir aux communications papier. On a fait observer en outre que la modification n'allait pas au-devant de la préoccupation selon laquelle le projet de disposition, dans sa version actuelle, empiétait sur l'autonomie des parties et n'indiquait pas que celles-ci ne pouvaient utiliser qu'un seul moyen de communications à la fois.

96. Une autre suggestion a été que, afin d'éviter une application abusive de la règle et une répartition inéquitable du coût du passage à des communications papier, il faudrait modifier la règle de façon à disposer que la partie décidant de revenir au papier devrait supporter, dans des limites raisonnables, les coûts résultant de sa décision. Selon une autre suggestion encore, du fait que les communications EDI reposaient généralement sur l'accord des parties, il faudrait que la décision de revenir aux communications papier fasse elle aussi l'objet d'un accord des parties. A l'encontre de cette suggestion, on a fait valoir qu'une règle comme celle que proposait le projet de disposition devrait être appliquée par le porteur d'un connaissance et que ce devrait être à lui de décider s'il préférerait exercer ses droits sur la base d'un connaissance papier ou sur la base de l'équivalent électronique d'un tel document, et de supporter les coûts découlant de sa décision.

97. Suite au débat susmentionné, le Groupe de travail a chargé un groupe de rédaction spécial de revoir le projet de disposition. Il a ensuite poursuivi ses délibérations sur la base du projet de disposition révisé, libellé comme suit :

"L'utilisation de messages de données pour transférer des droits et des obligations liés à un contrat de transport de marchandises peut être abandonnée et remplacée par l'utilisation de documents papier et *vice versa*. Une telle substitution ne prend effet qu'après notification des parties et n'a pas d'effets sur les droits des parties intéressées et ne les libère pas de leurs obligations."

98. Plusieurs opinions et inquiétudes ont été exprimées à propos du texte révisé. Selon un avis, les paragraphes 3 et 4 du projet d'article "x" traitaient suffisamment du risque de duplication des connaissances. On a fait observer en outre qu'il était également question de ce risque à l'article 9 du projet de Loi type, qui assurerait que les messages de données seraient reconnus par les tribunaux comme des équivalents des connaissances. En cas de duplicata frauduleux, c'est aux tribunaux qu'il incomberait de déterminer quel était le document authentique. On a fait observer à cet égard que, si les législations nationales traitaient suffisamment des connaissances frauduleux, elles n'offraient pas de certitude quant à l'émission involontaire de duplicata de connaissances. On a cité comme exemple le cas de l'agent local d'une partie qui émettrait un connaissance papier alors que les parties principales, communiquant par des moyens électroniques, émettaient un connaissance électronique.

99. On s'est inquiété de ce que la disposition révisée non seulement traitait l'utilisation simultanée de moyens de communication multiples, pratique qu'il convenait de décourager dans tous les cas, mais aussi qu'elle portait atteinte à la liberté des parties d'utiliser tel ou tel moyen de communication. Il a été déclaré que le projet de disposition pouvait avoir la préséance sur les accords entre les parties, étant donné, en particulier, que l'on ne savait pas encore si le paragraphe 1 de l'article 10 du projet de Loi type s'appliquerait aux dispositions du chapitre dans lequel pourrait s'insérer le projet de disposition. On a fait valoir, à ce propos, que la première phrase du projet de disposition laissait une certaine souplesse et ne portait pas atteinte à l'autonomie des parties puisqu'on y employait le terme "peut". Il a été proposé, pour éviter toute atteinte à l'autonomie des parties, d'utiliser plutôt le terme "pourrait" et d'ajouter des mots tels que "sans préjudice pour les parties qui en disposent autrement". Il a été déclaré, à l'encontre de ces suggestions, que le fait d'autoriser les parties à s'écarter de cette règle aurait pour effet de reposer le problème que la règle tentait de résoudre, à savoir celui du risque de duplication des connaissances et de traitement inéquitable de la partie qui ne pouvait continuer de communiquer par des moyens électroniques.

100. D'autres craintes ont été exprimées concernant le projet de disposition révisé : le texte créait des incertitudes puisqu'il n'apparaissait pas clairement qui devrait donner notification à qui; il pourrait produire des résultats indésirables pour toutes les parties à un contrat de transport, à savoir les chargeurs, les transporteurs, les destinataires et les organismes de financement fournissant le crédit documentaire, puisque les mots "*vice versa*" indiquaient qu'après en avoir avisé l'autre partie, une partie pouvait remplacer des communications papier

par des communications électroniques. Il a été fait observer, à cet égard, que cette possibilité existait effectivement en théorie, mais que les mots "*vice versa*" n'auraient aucun sens sauf si les parties avaient la capacité de communiquer par des moyens électroniques.

101. Pour apaiser les craintes susmentionnées, il a été proposé de modifier la première phrase du projet de disposition pour qu'elle se lise comme suit : "Lorsque des messages de données doivent être utilisés pour transférer des droits et obligations liés à un contrat de transport de marchandises, aucun document papier touchant lesdits droits et obligations n'est valide, à moins que l'utilisation de messages de données n'ait été abandonnée et remplacée par l'utilisation de documents papier".

102. Il a été noté que le projet de disposition révisé posait encore quelques problèmes, notamment en ce qui concernait le contexte dans lequel les messages de données pouvaient être utilisés pour transférer des droits et des obligations, la signification des termes "la méthode fondée sur les messages de données", et l'auteur, le destinataire, la forme et le moment de la notification. Pour répondre à ces questions, il a été demandé à un deuxième groupe de travail spécial de réviser la disposition. Le texte révisé était libellé comme suit :

"Lorsqu'un ou plusieurs messages de données sont utilisés pour exécuter les actes énoncés aux alinéas *f*) et *g*) du paragraphe 1 du présent article, aucun document papier utilisé pour exécuter de tels actes n'est valide, à moins que l'utilisation de messages de données n'ait été abandonnée et remplacée par l'utilisation de documents papier. Une telle substitution n'a pas d'effet sur les droits des parties intéressées et ne les libère pas de leurs obligations."

Bien que l'on se soit inquiété du fait que le texte révisé ne posait aucune condition à la décision d'une partie de revenir à des communications sur papier, telles que celles qui apparaissaient dans les versions précédentes du paragraphe **), comme la notification, l'absence de retard injustifié ou une perturbation dans la livraison des marchandises, le Groupe de travail a adopté ce texte révisé et décidé qu'il serait placé immédiatement après le paragraphe 2 de l'article "x".

103. Au terme de ses délibérations sur le projet d'article "x", le Groupe de travail a examiné une version révisée de ce projet établi par le secrétariat pour tenir compte des décisions qu'il avait prises. Le texte du projet d'article "x" tel qu'adopté par le Groupe de travail est joint en annexe au présent document.

IV. DÉBAT PRÉLIMINAIRE SUR LES TRAVAUX FUTURS POSSIBLES

A. Travaux futurs sur les questions liées au droit des transports autres que celles concernant l'échange de données informatisées

104. A divers moments du débat, il a été rappelé que les conventions sur le transport de marchandises par mer ne traitaient pas, ou ne traitaient que fragmentairement, de questions telles que le fonctionnement des connaissements et lettres de transport maritime et la relation entre ces documents de transport et les droits et obligations du vendeur et de l'acheteur des marchandises, la négociabilité ou la non-négoiability des documents de transport, le titre représentatif des marchandises, la réserve de propriété, le droit de disposer des marchandises, y compris le droit de stopper les marchandises en transit, ou les sûretés créées par le transfert des documents de transport (voir supra par. 33 et 63). En outre, les lois nationales sur le transport de marchandises par mer, à quelques exceptions près, n'offraient pas de solution globale et harmonisée sur ces points. Ainsi, les réponses à ces questions se fondaient dans une large mesure sur les usages, la coutume et la jurisprudence, qui n'étaient pas harmonisés. En conséquence, la pratique se caractérisait par des incertitudes juridiques.

105. Il a été jugé que la Loi type n'était pas l'instrument approprié pour apporter des solutions à ces questions, car elle s'appliquait au droit commercial en général, alors que ces questions se rattachaient au droit des transports.

106. On a jugé dans l'ensemble qu'il serait utile d'examiner les pratiques internationales actuelles, ainsi que les textes internationaux régissant le transport de marchandises par mer, afin de concevoir des solutions modernes, harmonisées et plus complètes. Pour ce qui est des questions pour lesquelles une loi uniforme pourrait être nécessaire, on a jugé qu'il faudrait peut-être traiter en priorité des questions relatives aux fonctions des

documents de transport en ce qui concerne le transfert de droits et obligations relatifs aux marchandises en transit.

107. On a également avancé que les travaux dans ce domaine donneraient une occasion utile de discuter des questions relatives à la responsabilité dans le cadre du régime juridique du transport de marchandises par mer. Parmi les textes qui, a-t-on suggéré, pourraient être examinés, on a cité la Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, 1978 (Règles de Hambourg); les différents régimes fondés sur la Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance, 1924 (Règles de La Haye) et les modifications apportées ultérieurement aux Règles de La Haye; la Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport; et la Convention des Nations Unies sur le transport multimodal international de marchandises, 1980.

108. Le Groupe de travail a jugé que c'était à la Commission de discuter des travaux futurs souhaitables, de leur ampleur et des méthodes de travail les plus appropriées et de prendre une décision à ce propos. Il a été jugé important que, dès le départ, les travaux soient entrepris en coopération étroite avec les organisations compétentes, notamment celles qui représentaient les branches d'activité intéressées, telles que le Comité maritime international (CMI), la Chambre de commerce internationale (CCI), l'Union internationale d'assurances transports (UIMI), la Fédération internationale des associations de transitaires et assimilés (FIATA), la Chambre internationale de la marine marchande et l'Association internationale des ports (AIP).

B. Travaux futurs sur des questions particulières concernant l'utilisation de l'échange de données informatisées et de moyens connexes de communication

109. Parmi les sujets qui pourraient être envisagés dans le cadre des travaux futurs de la Commission dans le domaine des communications électroniques, le Groupe de travail a examiné les suivants : normes éventuelles pour les signatures numériques; la question des registres; l'incorporation par référence; les droits et obligations des prestataires de services; et l'examen des conventions internationales existantes.

1. Normes éventuelles pour les signatures numériques

110. L'avis a été émis que, à côté des aspects relatifs à la "signature" et à l'utilisation de messages dont il était déjà question dans le projet de Loi type, il faudrait peut-être consacrer davantage de travaux aux règles concernant l'infrastructure EDI avant qu'elle puisse réaliser tout son potentiel. On a dit que cela était particulièrement vrai dans les communications internationales où intervenaient des parties éloignées, ou bien des opérations qui, étant donné la rapidité avec laquelle les événements contractuels se produisaient dans les systèmes informatiques, nécessiteraient un relèvement important des normes juridiques applicables à la signature et, d'une façon plus générale, à l'authentification de la source et de la teneur des messages de données. De telles normes pourraient prendre diverses formes, mais la plupart des analyses actuelles effectuées par des praticiens se concentraient sur le développement attendu d'"autorités de certification", qui pourraient être des acteurs privés ou publics, appliquant des normes réglementaires appropriées, qui pourraient permettre de se fonder sur l'autorisation et l'identification numérisées des messages. On a dit que cela était particulièrement important à l'ère des fournisseurs de services informatiques, tels que l'Internet, qui mettraient en contact commercial des parties dont le seul moyen d'identification passait par l'intermédiaire d'un ordinateur.

111. Bien que le Groupe de travail ait estimé que des travaux pourraient être nécessaires en ce qui concerne les autorités de certification et qu'il faudrait probablement les effectuer dans le contexte des registres et des fournisseurs de services, on a considéré dans l'ensemble qu'il ne devrait pas se lancer dans des considérations techniques concernant le caractère approprié de l'utilisation de telle ou telle norme.

2. Questions des registres

112. Il a été déclaré que l'élaboration de normes minimales harmonisées qui permettraient à des registres privés ou publics d'être reliés dans des opérations transfrontières était fondamentale pour le développement futur de certains secteurs importants dans lesquels les communications électroniques seraient utilisées. Il pourrait être nécessaire d'avoir des normes harmonisées différentes pour des catégories différentes d'entreprises commerciales. La première chose à faire serait sans doute d'identifier les facteurs clefs qui pourraient être nécessaires pour

chaque secteur, puis de déterminer ceux qui pourraient faire l'objet de règles uniformes. Une telle approche pourrait permettre une collaboration entre la CNUDCI et l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT), dans la mesure où ce dernier organiserait prochainement une réunion portant sur l'enregistrement de certains types d'équipement mobile.

113. On a estimé dans l'ensemble que le sujet pourrait nécessiter une étude plus approfondie. En examinant la possibilité d'entreprendre des travaux dans ce domaine, il pourrait être nécessaire de prendre les éléments suivants en considération : critères d'agrément des registres privés ou publics; critères d'acceptation (et éventuellement force exécutoire) des enregistrements entre juridictions; normes en ce qui concerne les informations minimales requises pour qu'il y ait notification raisonnable et droit d'enregistrer; effets de l'enregistrement et de la notification sur des tiers dans le pays d'enregistrement et ailleurs; éventuellement, incidences de l'enregistrement sur les sûretés ou autres droits et obligations commerciaux et financiers; mesure dans laquelle les tiers peuvent se fonder sur un tel enregistrement pour assumer des obligations contractuelles, financières ou autres ou entreprendre des actes de cette nature; mesure dans laquelle, le cas échéant, des tiers auraient droit d'accéder aux registres. Un accord ou des orientations relatifs à des normes internationales avant que des systèmes disparates ne soient mis en place permettraient sans doute de parvenir à une harmonisation beaucoup plus poussée et d'obtenir des avantages nettement supérieurs.

3. Incorporation par référence

114. Le Groupe de travail a été généralement d'avis que des travaux sur l'incorporation par référence dans le contexte de l'EDI étaient nécessaires. Selon une opinion il faudrait, si l'on tentait d'établir des normes juridiques pour l'incorporation de clauses de référence dans des messages de données, que les trois conditions suivantes soient respectées : a) la clause de référence devrait être insérée dans le message de données; b) le document référencé, par exemple des conditions générales, devrait être effectivement connu de la partie contre laquelle il peut être invoqué; et c) le document référencé devrait être accepté, en sus d'être connu, par cette partie. De l'avis général, il convenait de traiter le sujet de l'incorporation par référence dans le cadre de travaux plus généraux sur les questions des registres et des fournisseurs de services.

4. Fournisseurs de services informatiques

115. Il a été rappelé que, dans le cadre de ses travaux antérieurs relatifs au projet de Loi type, le Groupe de travail s'était concentré sur la relation entre l'expéditeur et le destinataire d'un message de données, afin de traiter la question de la portée juridique de ces messages et des droits et responsabilités de l'expéditeur et du destinataire. Le projet de Loi type omettait, dans une large mesure, un participant essentiel au commerce électronique, à savoir l'intermédiaire ou le fournisseur de services informatiques qui pouvait être responsable de l'interface entre les transmissions de l'expéditeur vers le destinataire, et qui fournirait souvent des services à valeur ajoutée tels que l'établissement de recueils chronologiques de messages ou un horodatage, fixerait des normes de sécurité pour la transmission des messages, et jouerait un rôle important en garantissant aux utilisateurs la fiabilité du système de communication.

116. Parmi les questions relatives aux fournisseurs de services qui pourraient être examinées, on a cité les suivantes : normes minima de performance en l'absence d'accord entre les parties; étendue des risques supportés par les destinataires; effet de ces règles ou accords sur les tiers; répartition des risques d'intrusion ou d'actes non autorisés; étendue des garanties obligatoires, le cas échéant, ou d'autres obligations dans le cas de la fourniture de services à valeur ajoutée.

117. De l'avis d'un grand nombre de participants, il conviendrait que la CNUDCI examine la relation entre les fournisseurs de services, les utilisateurs et les tiers. Il serait très important d'orienter les travaux sur ce sujet vers la mise au point de normes internationales de conduite commerciale visant à favoriser le commerce par des moyens électroniques et non de prendre pour objectif l'établissement d'un régime réglementaire applicable aux fournisseurs de services ou d'autres règles qui pourraient engendrer des coûts inacceptables pour les applications commerciales de l'EDI.

5. *Examen des conventions internationales existantes*

118. Il a été déclaré que le Groupe de travail de la facilitation des procédures du commerce international (WP.4) de la Commission économique pour l'Europe travaillait déjà depuis plusieurs années à une enquête sur les définitions de notions tels que "l'écrit" et "la signature" dans les conventions internationales existantes s'appliquant au commerce international. On avait souvent fait observer que la plupart des définitions existantes ne s'appliquaient pas de façon satisfaisante à l'utilisation de l'EDI. Il a été indiqué en outre que le WP.4 avait aussi distribué un questionnaire visant à évaluer, de façon plus générale, la nature des obstacles à un développement de l'EDI, que ces obstacles proviennent d'exigences juridiques, administratives ou autres.

119. De l'avis général, il serait particulièrement approprié que la CNUDCI examine les résultats des deux projets du WP.4 afin de déterminer l'opportunité et la faisabilité de travaux dans ces domaines. Le Groupe de travail a exprimé le souhait que les résultats de ces deux projets soient bientôt disponibles et s'est félicité de la possibilité de collaborer plus étroitement avec le Groupe de travail de la Commission.

Annexe

TEXTE QU'IL EST PROPOSÉ D'AJOUTER AU PROJET DE LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR CERTAINS ASPECTS JURIDIQUES DE L'ÉCHANGE DE DONNÉES INFORMATISÉES ET DES MOYENS CONNEXES DE COMMUNICATION

(tel qu'approuvé par le Groupe de travail de la CNUDCI sur les échanges de données informatisées à sa trentième session, tenue à Vienne, du 26 février au 8 mars 1996)

DEUXIÈME PARTIE. RÈGLES CONCERNANT LES DOCUMENTS DE TRANSPORT

Projet d'article "x". *Contrats de transport de marchandises faisant intervenir des messages de données*

1. Le présent article s'applique à l'un quelconque des actes entrepris à propos d'un contrat de transport ou en application de ce contrat, notamment, mais non exclusivement, les actes suivants :

- a)
 - i) indication des marques, du nombre, de la quantité ou du poids des marchandises;
 - ii) déclaration de la nature ou de la valeur des marchandises;
 - iii) émission d'un reçu des marchandises;
 - iv) confirmation que les marchandises ont été chargées;
- b)
 - i) notification à une personne des conditions du contrat;
 - ii) communication d'instructions à un transporteur;
- c)
 - i) demande de livraison des marchandises;
 - ii) autorisation donnée pour la remise des marchandises;
 - iii) notification de la perte ou de l'endommagement des marchandises;
- d) Communication de toute autre notification dans le cadre de l'exécution du contrat;
- e) Engagement, irrévocable ou non, à livrer les marchandises à une personne désignée ou à une personne autorisée à demander la livraison;
- f) Octroi, acquisition, remise, transfert ou négociation des droits sur les marchandises ou renonciation à ces droits;
- g) Acquisition ou transfert de droits et obligations en vertu du contrat.

2. Lorsqu'une règle de droit exige que tout acte visé au paragraphe 1 soit exécuté par écrit ou au moyen d'un document papier, ou prévoit certaines conséquences s'il ne l'est pas, cette exigence est satisfaite si l'acte est exécuté au moyen d'un ou plusieurs messages de données.

3. Lorsqu'un ou plusieurs messages de données sont utilisés pour exécuter les actes visés aux alinéas *f*) et *g*) du paragraphe 1 du présent article, aucun document papier utilisé pour exécuter de tels actes n'est valide, à moins que l'utilisation de messages de données n'ait été abandonnée et remplacée par l'utilisation de documents papier. Une telle substitution n'a pas d'effet sur les droits des parties intéressées et ne les libère pas de leurs obligations.

4. Si un droit doit être accordé à une personne et aucune autre, ou si une obligation doit être acquise par cette personne et aucune autre, et si une règle de droit exige à cette fin que le droit ou l'obligation soit transmis à cette personne par le transfert ou l'utilisation d'un document papier, cette exigence est satisfaite si le droit ou l'obligation est transmis par tout moyen incluant l'utilisation d'un ou plusieurs messages de données, à condition que soit utilisée une méthode permettant de garantir de manière fiable que le droit ou l'obligation incombe à la personne visée et à aucune autre personne.

5. Si une question est soulevée quant au point de savoir si les conditions énoncées au paragraphe 3 du présent article ont été satisfaites, la norme de fiabilité requise doit être appréciée compte tenu de la fin pour laquelle le droit ou l'obligation a été transmis et de toutes les circonstances, y compris toute convention entre les parties.

6. Si une règle de droit est impérativement applicable à un contrat de transport de marchandises qui figure dans un document papier, ou est constaté par lui, cette règle n'est pas rendue inapplicable à un contrat de transport de marchandises constaté par un ou plusieurs messages de données du fait que le contrat est constaté par de tels messages et non par un document papier.

7. Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas dans les situations suivantes : [...].

B. Document de travail soumis au Groupe de travail sur l'échange de données informatisées à sa trentième session : note du secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.69) [original : anglais]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION	1-19
I. LES CONNAISSEMENTS ET AUTRES DOCUMENTS DE TRANSPORT MARITIME	20-65
A. Dans un environnement papier	20-48
1. Connaissements	22-39
a) Remarques générales et définitions	22-23
b) Le connaissement en tant que reçu des marchandises	24-26
c) Le connaissement en tant que preuve du contrat de transport	27-30
d) Le connaissement en tant que titre représentatif des marchandises	31-39
i) Nombre d'originaux émis	34
ii) Droit de disposer des marchandises et d'en réclamer la livraison	35-37
iii) Liens entre le contrat de transport et le contrat de vente	38-39
2. La nécessité de trouver des solutions au connaissement	40-48
a) Avantages et inconvénients du connaissement	40-45
b) Une solution de remplacement des connaissements : les lettres de transport maritime	46-48
B. Dans un environnement électronique	49-65
1. L'approche fonctionnelle	49-52
2. Obstacles juridiques et techniques aux documents de transport dématérialisés	53-65
a) Questions déjà traitées dans la Loi type	54
b) Questions qui pourraient être examinées par le Groupe de travail	55-64

i) Négociabilité ou cessibilité	55-58
ii) Conditions générales	59-60
iii) Responsabilité en cas de message erroné, de défaut de communication et de panne de système	61-62
iv) Confidentialité	63-64
c) Conclusions	65
II. INITIATIVES PRISES PRÉCÉDEMMENT POUR TRAITER DES QUESTIONS LIÉES AUX CONNAISSEMENTS DANS UN ENVIRONNEMENT ÉLECTRONIQUE ..	66-81
A. Approche indirecte : utilisation de substituts des connaissances	67-69
1. Les INCOTERMS de la CCI	67
2. Révision de la recommandation nE 12, CEE/FAL	68-69
B. L'approche directe : imitation des connaissances dans un environnement électronique	70-81
1. L'expérience SeaDocs	70-72
2. Les Règles du CMI relatives aux connaissances électroniques	73-78
3. Le projet BOLERO	79-81
III. AJOUTS POSSIBLES A LA LOI TYPE DE LA CNUDCI	82-95
A. Groupe d'experts commun CMI-CNUDCI	82-94
1. Portée éventuelle des travaux futurs	83-90
2. Équivalent fonctionnel du connaissance traditionnel	91-94
a) Les deux premières fonctions : accusé de réception des marchandises et constatation du contrat de transport	91
b) Troisième fonction : titre représentatif des marchandises	92-94
B. Ajout proposé de dispositions additionnelles dans la Loi type	95

INTRODUCTION

1. Conformément à une décision prise par la Commission à sa vingt-cinquième session¹, en 1992, le Groupe de travail sur les échanges de données informatisées a consacré ses vingt-cinquième à vingt-huitième sessions à l'élaboration du projet de Loi type de la CNUDCI sur certains aspects juridiques de l'échange de données informatisées et des moyens connexes de communication (les rapports de ces sessions ont été publiés sous les cotes A/CN.9/373, 387, 390 et 406). Le texte du projet de Loi type, ainsi qu'une compilation d'observations de gouvernements et d'organisations intéressées (A/CN.9/409 et Add.1 à 3), ont été soumis à la Commission à sa vingt-huitième session pour dernier examen et adoption.

2. A sa vingt-neuvième session, le Groupe de travail a examiné un projet de guide pour l'incorporation de la Loi type (le rapport de cette session a été publié sous la cote A/CN.9/407). Le Groupe de travail a également examiné, dans le cadre d'un débat général sur les travaux futurs possibles, les questions de l'incorporation par référence et de la négociabilité de droits sur des marchandises dans un contexte électronique. Pour ce qui est de l'incorporation par référence, le Groupe de travail était saisi de deux propositions présentant un projet de disposition, l'une soumise par l'observateur de la Chambre de commerce internationale (A/CN.9/WG.IV/WP.65), l'autre présentée par le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (A/CN.9/WG.IV/WP.66). Après un débat, l'avis qui a prévalu a été que la question de l'incorporation par référence ne pouvait pas encore, à ce stade, être incluse dans la Loi type et devait faire l'objet d'un examen plus approfondi. Selon un avis, cette

¹Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-septième session, Supplément n° 17 (A/47/17), par. 140 à 148.

question devrait être traitée dans le contexte des travaux futurs sur la négociabilité de droits sur des marchandises (A/CN.9/407, par. 100 à 105).

3. Pour ce qui est des questions de la négociabilité et de la cessibilité de droits sur des marchandises dans un contexte EDI, le Groupe de travail était saisi de deux brèves notes, l'une soumise par le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (A/CN.9/WG.IV/WP.66), l'autre par les États-Unis d'Amérique (A/CN.9/WG.IV/WP.67).

4. Il a été noté que le recours à des communications EDI pourrait avoir des incidences sur certaines fonctions des connaissements, notamment les suivantes : a) servir de reçu des marchandises par le transporteur; 2) constater le contrat de transport, pour ce qui est de ses conditions générales et de détails particuliers concernant le navire, les ports de chargement et de déchargement et la nature, la quantité et l'état des marchandises; et 3) constituer un document donnant à son détenteur un certain nombre de droits, dont celui de demander les marchandises au port de débarquement et d'en obtenir livraison et celui de disposer des marchandises en transit.

5. Un connaissement EDI pourrait sans problèmes remplir les deux premières fonctions, car la réception des marchandises et les informations sur le contrat de transport pourraient être données au moyen d'un message de données tel qu'un message UN/EDIFACT. Toutefois, la troisième fonction (le connaissement en tant que document formant titre) soulevait des problèmes dans un contexte EDI car, en l'absence d'un document sur papier, il serait difficile d'établir l'identité du titulaire exclusif auquel le transporteur pourrait livrer les marchandises sans courir le risque d'une réclamation d'une autre partie au motif de livraison frauduleuse. A cet égard, le Groupe de travail a noté qu'un problème essentiel de l'utilisation de connaissements électroniques était de garantir la singularité ou l'unicité du message sur lequel le transporteur devait faire fond pour livrer les marchandises. Tandis que tout message de données pouvait probablement être unique grâce à la cryptographie, il ne pouvait être exclu que le message ne puisse être multiplié frauduleusement ou par erreur. Le Groupe de travail a noté qu'il était possible de résoudre ce problème par l'emploi de techniques de sécurité, d'horodateurs ou d'autres systèmes du même genre, ou bien encore à l'aide d'un registre central sur lequel le titulaire pourrait consigner ses droits.

6. Le Groupe de travail a également noté que les travaux sur la négociabilité et la cessibilité de documents formant titre par des moyens électroniques pouvaient porter sur l'établissement d'une liste préliminaire de domaines de pratique commerciale pertinents, sur la validation des accords de négociabilité et de cessibilité de droits sur des marchandises par l'EDI, sur la définition des critères voulus pour permettre aux parties d'être en temps opportun titulaires pour la cession de droits sur des marchandises ou pour négocier ultérieurement de tels droits par voie électronique, sur la détermination de l'effet de la négociation de documents formant titre par voie électronique, et sur la mise au point de règles en matière de manquement pour la répartition des risques et de registres électroniques. En ce qui concerne ces derniers, on a noté qu'ils pouvaient être officiels, centraux ou privés. L'objet, l'accès, l'administrateur, les coûts, l'assurance, la répartition des risques et la sécurité pouvaient varier suivant la nature du registre.

7. Le Groupe de travail a procédé à un débat général afin de déterminer la portée des travaux futurs qui pourraient être entrepris et des questions qui pourraient être étudiées. En ce qui concerne les activités futures, on a suggéré qu'elles portent sur les documents formant titre pour le transport multimodal, étant donné qu'ils remplissaient essentiellement les mêmes fonctions et soulevaient des problèmes similaires. Selon une autre suggestion, tout en consacrant des travaux à cette question générale, il conviendrait de mettre particulièrement l'accent sur les connaissements maritimes, étant donné que le transport maritime était le domaine dans lequel l'EDI était avant tout pratiqué et dans lequel le droit devait être unifié d'urgence afin d'éliminer les obstacles actuels et de pouvoir développer la pratique.

8. A l'appui de cette suggestion, on a souligné que l'informatisation était actuellement limitée à l'échange de messages d'information sur les routes maritimes de l'Atlantique Nord et qu'elle ne pourrait pas se développer sans l'appui d'un régime juridique qui validerait les documents de transport sous forme électronique et fournirait une certitude à leur sujet. Par exemple, on a déclaré qu'il fallait faciliter la livraison des cargaisons au port de déchargement sans production d'un connaissement sur papier, qui était souvent nécessaire pour un certain nombre de raisons. L'une d'entre elles était que la cargaison pouvait atteindre le port de déchargement avant l'arrivée des documents nécessaires pour la livraison. Une autre raison était que l'acheteur devait souvent prendre livraison

de la cargaison et la vendre afin de pouvoir régler le coût des marchandises et le fret. On a déclaré en outre qu'il était nécessaire d'éliminer l'incertitude juridique quant à la personne qui supportait le risque de voir la cargaison ne pas correspondre à sa description au moment du déchargement. On a souligné que le chargeur fournissait généralement la description des marchandises et que le connaissement comportait un déni de responsabilité indiquant que la description était celle du chargeur; de telles clauses de sauvegarde n'étaient pas toujours valides. On a déclaré en outre qu'il était nécessaire d'établir un équivalent fonctionnel reproduisant l'unicité du connaissement sur papier, qui était essentielle pour sa fonction de document formant titre.

9. Suivant d'autres suggestions, il convenait de traiter de tous les documents formant titre portant sur des biens corporels (par exemple, les récépissés d'entrepôt), de tous les documents formant titre relatifs à des biens corporels et incorporels ou de tous les instruments négociables (voire non négociables). A l'opposé, on a souligné que l'inclusion d'une gamme de documents aussi large compliquerait les travaux et que les fonctions des documents concernés étaient différentes, ce qui rendrait nécessaire d'élaborer des règles spécifiques.

10. A l'issue du débat, il a été convenu que les travaux futurs devraient être axés sur les documents de transport informatisés, l'accent étant tout particulièrement mis sur les connaissements maritimes électroniques et la possibilité de les utiliser dans le contexte de la législation nationale et internationale applicable au transport maritime. Après avoir établi un ensemble de règles pour les connaissements maritimes, le Groupe de travail examinerait la question de savoir si le domaine du transport multimodal pourrait faire l'objet du même ensemble de règles ou s'il serait nécessaire d'élaborer des règles spécifiques.

11. Le Groupe de travail a ensuite examiné les questions susceptibles d'entrer dans le cadre des travaux futurs concernant les connaissements maritimes. Plusieurs ont été mentionnées. Entre autres, il s'agissait d'assurer l'unicité d'un connaissement électronique permettant à son "titulaire" de disposer de la cargaison en transit par des moyens électroniques tout en protégeant le transporteur du risque de livraison à une personne autre que le destinataire. On a suggéré un certain nombre de moyens qui permettraient éventuellement de résoudre ce problème, y compris l'usage de codes privés dans les communications de partie à partie, de certificats électroniques, de cartes à mémoire et de registres. En ce qui concerne ces derniers, on a souligné qu'il serait nécessaire de mettre au point un régime juridique portant sur des questions telles que l'objet de l'enregistrement, les parties susceptibles d'enregistrer, les parties qui auraient accès aux registres et sur lesquelles l'enregistrement pourrait produire des effets, la confidentialité, l'exactitude et la complétude des informations enregistrées, la responsabilité à l'égard des erreurs et les effets sur les tiers.

12. Une autre question concernait la définition du titulaire dans un contexte électronique. On a souligné qu'en ce qui concerne les documents sur papier, le titulaire était défini sur la base de la possession physique du connaissement sur papier et était protégé contre l'acquisition en toute bonne foi de droits sur les marchandises par des tiers dans la mesure où la possession du connaissement servait de notification aux tiers. Dans un contexte électronique où la possession n'était pas possible, le titulaire pourrait être protégé par d'autres moyens (par exemple l'enregistrement, l'utilisation de claviers publics et privés), mais risquerait aussi de n'avoir aucune protection. Une autre question portait sur les droits et les obligations du titulaire et de l'émetteur des documents de transport électronique (par exemple, droit du titulaire de donner des instructions en transit et obligation de l'émetteur de recevoir et d'exécuter ces instructions). On a souligné que, dans le cas de documents sur papier, les droits du titulaire étaient fondés sur trois principes : *a)* le connaissement constituait une preuve irréfutable du titre de propriété des marchandises uniquement après l'endossement (règle de la preuve irréfutable); *b)* l'endossataire était la seule partie habilitée à prendre livraison des marchandises au point de déchargement; *c)* seul l'endossataire était habilité à donner au transporteur l'instruction de modifier le contrat et d'effectuer un autre endossement. A cet égard, on a déclaré qu'il fallait étudier la négociabilité dans le contexte de la législation en matière de commerce, de sécurité et de transport. On a expliqué qu'un bien, acquis en vertu de la législation commerciale, ne serait pas utilisable si sa perte effective relevait de la législation du transport, du fait qu'aucun droit de saisie ou de contrôle ne pourrait être exercé.

13. Il a été souligné en outre que le titulaire pouvait avoir le droit de posséder les marchandises, le droit de propriété sur les marchandises ou le droit de recevoir livraison des marchandises au titre d'un contrat de vente. On a expliqué que, du point de vue du transporteur, la question la plus importante était la personne qui détenait le titre possessoire sur les marchandises, en d'autres termes celle à qui le transporteur devait livrer les

marchandises. Une autre question concernait la répartition de la responsabilité entre le chargeur, le transporteur, le destinataire et, éventuellement, un registre.

14. D'autres questions qu'il a été suggéré d'étudier étaient les suivantes : les effets du transfert de documents de transport électroniques sur des tiers (par exemple, lorsque le transfert concernait le transporteur, des tiers dans la chaîne des endossataires ou des tiers ne figurant pas sur le connaissement électronique); les droits du titulaire légitime en cas de transfert illicite des marchandises et les droits du cessionnaire au cas où son titre se révélerait défectueux (soumis aux droits d'autres parties); les délais de cession dans un contexte électronique; la priorité relative entre divers ayants droit à la même cargaison; les délais des messages (par exemple, certains messages relatifs à des conditions précontractuelles pourraient créer des droits et des obligations); l'incorporation par référence; les questions de sécurité (principes d'identification, d'authentification, d'intégrité, de non-répudiation) visant à faciliter la négociabilité dans un contexte électronique ouvert. On a dit qu'il faudrait examiner les questions de sécurité en ce qui concernait un large éventail de questions relatives à la négociabilité. Dans le cadre du débat sur les questions de sécurité, en particulier l'utilisation de la cryptographie, le Groupe de travail est convenu que les travaux futurs que la CNUDCI pourrait éventuellement entreprendre ne devraient pas porter sur les règles obligatoires de la législation nationale adoptées dans certains États pour des raisons d'ordre public afin de limiter l'usage de la cryptographie ou l'exportation de techniques se rapportant à la cryptographie.

15. A l'issue du débat, le Groupe de travail a prié le secrétariat d'établir une étude de base sur la négociabilité et la cessibilité des documents de transport électroniques, en mettant tout particulièrement l'accent sur les documents de transport maritime, compte tenu des vues exprimées et des suggestions faites au sujet de la portée des travaux futurs et des questions qui pourraient être étudiées. Un certain nombre d'autres questions ont été suggérées aux fins d'inclusion dans l'étude, y compris un rapport sur les problèmes que pourrait poser l'utilisation de l'EDI dans le transport maritime dans le cadre des instruments internationaux en vigueur, et un rapport sur les travaux entrepris par d'autres organisations dans des domaines connexes. A cet égard, on a estimé que les travaux entrepris au Comité maritime international (CMI), ou le projet BOLERO, visaient à faciliter l'utilisation de documents de transport électroniques, mais ne portaient pas en général sur les effets juridiques de ces documents. On a déclaré qu'il faudrait se pencher tout particulièrement dans l'étude sur les moyens par lesquels les travaux futurs de la CNUDCI pourraient apporter un soutien juridique aux nouvelles méthodes mises au point dans le domaine de la cession électronique de droits.

16. A sa vingt-huitième session, en 1995, la Commission a adopté le texte des articles premier et 3 à 11 du projet de Loi type. Après avoir conclu son débat sur le projet d'article 11, la Commission a noté qu'elle n'avait pas achevé l'examen du projet de Loi type et a décidé d'inscrire le projet de Loi type, ainsi que le projet de Guide pour l'incorporation de la Loi type, à l'ordre du jour de sa vingt-neuvième session devant se tenir à New York du 28 mai au 14 juin 1996. Il a été convenu que le débat reprendrait à la vingt-neuvième session de la Commission, afin qu'il soit possible, à cette session, de mettre au point le texte définitif de la Loi type et d'adopter le Guide pour son incorporation.

17. Pour ce qui est des travaux futurs dans le domaine de l'échange de données informatisées, la Commission a noté qu'à sa vingt-septième session, en 1994, un appui général avait été exprimé en faveur d'une recommandation faite par le Groupe de travail à sa vingt-septième session, selon laquelle des travaux préliminaires devraient être entrepris sur la question de la négociabilité et de la cessibilité des droits sur des marchandises dans un environnement informatique, dès que l'élaboration de la Loi type aurait été achevée. Il a également été noté à ce propos qu'un débat préliminaire concernant les travaux futurs à entreprendre dans le domaine de l'échange de données informatisées avait eu lieu lors de la vingt-neuvième session du Groupe de travail (ce débat est résumé dans le document A/CN.9/407, par. 106 à 118).

18. Après un débat, la Commission a approuvé la recommandation du Groupe de travail selon laquelle le secrétariat devrait être chargé d'élaborer une étude de base sur la négociabilité et la cessibilité des documents de transport électroniques, en mettant tout particulièrement l'accent sur les documents de transport maritime EDI (voir ci-dessus par. 15). La Commission a exprimé le vœu que l'étude demandée, pour la préparation de laquelle il faudrait faire appel à la coopération d'autres organisations intéressées telles que le CMI, servirait de base à l'adoption d'une décision bien étayée quant à la faisabilité et à l'intérêt de travaux dans ce domaine.

19. On trouvera dans la présente note une étude préliminaire des questions liées aux connaissements cessibles dans un contexte électronique. Cette étude a été établie compte tenu des travaux d'autres organisations, en particulier de différents rapports sur la forme des connaissements examinés par l'Académie internationale de droit comparé à son XIV^{ème} Congrès. On a également fait appel à la coopération du Comité maritime international et la présente note tient compte des résultats d'une réunion spéciale d'experts qui a rassemblé des experts du CMI et du secrétariat de la CNUDCI².

I. LES CONNAISSEMENTS ET AUTRES DOCUMENTS DE TRANSPORT MARITIME

A. Dans un environnement papier

20. On notera que la présente section n'a pas pour objet d'analyser en détail les connaissements et autres documents de transport maritime, mais simplement de décrire les fonctions que permettent de remplir ces documents et les conditions qui ont été énoncées dans un environnement papier pour que ces fonctions puissent être remplies. Les conditions de forme de ces documents peuvent découler de la loi ou de la pratique et peuvent avoir des incidences sur les relations juridiques entre les différentes parties à un contrat de transport et entre les parties à l'opération de vente sous-jacente.

21. Nombre des informations en matière de droit comparé qui sont présentées dans cette section se fondent sur les débats d'une réunion intitulée "*Current developments concerning the form of bills of lading*", qui a eu lieu dans le cadre du XIV^{ème} Congrès international de droit comparé organisé à Athènes (Grèce), du 31 juillet au 6 août 1994, par l'Académie internationale de droit comparé (ci-après dénommée "l'Académie"), avec la participation de spécialistes éminents des transports maritimes^{3 4}. Pour ce qui est des faits nouveaux concernant l'utilisation de communications électroniques pour remplir les fonctions de connaissements cessibles, l'Académie a noté qu'il fallait s'attendre non à une simple évolution de la forme des connaissements, mais plutôt à la création d'un nouveau type de connaissance.

1. Connaissements

a) Remarques générales et définitions

22. Dans la présente note, les termes "connaissance", "connaissance cessible" ou "connaissance maritime" désignent un document utilisé dans le transport international de marchandises par mer, défini au paragraphe 7 de l'article premier de la Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, 1978 (ci-après dénommée les "Règles de Hambourg"). Selon cette définition, également utilisée dans la recommandation nE 12 du Groupe de travail de la facilitation des procédures du commerce international de la CEE ("Mesures destinées à faciliter les procédures relatives aux documents de transport maritime"), "le terme 'connaissance' désigne un document faisant preuve d'un contrat de transport par mer et constatant la prise en charge ou la mise à bord des marchandises par le transporteur ainsi que l'engagement de celui-ci de délivrer les marchandises contre remise de ce document. Cet engagement résulte d'une mention dans le document stipulant que les marchandises doivent être délivrées à l'ordre d'une personne dénommée ou à ordre ou au porteur". Dans la plupart des systèmes juridiques, sinon dans tous, les connaissements traditionnels ont trois fonctions distinctes.

²Le secrétariat exprime sa gratitude au Comité maritime international pour son appui au projet, et, plus particulièrement, pour la qualité des experts du CMI qui ont participé à la Réunion du groupe spécial d'experts CMI-CNUDCI.

³Le secrétariat est reconnaissant au professeur A. N. Yiannopoulos, Eason-Weinmann Professor of Comparative Law, Tulane Law School, Nouvelle-Orléans (Louisiane), et Rapporteur général de la session, pour sa contribution à l'élaboration de la présente note.

⁴Voir A. N. Yiannopoulos (Editeur), *Ocean Bills of Lading: Traditional Forms, Substitutes and EDI Systems* (La Haye, Kluwer Law International, Académie internationale de droit comparé, 1995). Le compte-rendu du Congrès comporte également des rapports nationaux des pays suivants : Allemagne, Argentine, Australie, Belgique, Canada, États-Unis d'Amérique, France, Grèce, Italie, Japon, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas et Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord.

Premièrement, ils constituent un reçu des marchandises, c'est-à-dire un accusé de réception par le transporteur des marchandises remises par le chargeur pour expédition. Deuxièmement, le connaissement constate le contrat de transport entre les parties. Troisièmement, le connaissement transmissible constitue un titre représentatif des marchandises.

23. Outre la législation nationale applicable, le régime juridique des connaissements maritimes englobe diverses conventions internationales telles que la Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissement, signée à Bruxelles le 25 août 1924 (ci-après dénommée les "Règles de La Haye"), qui a été modifiée le 28 février 1968 par le Protocole portant modification de la Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissement (ci-après désigné sous le nom de "Règles de Visby"), les Règles de Hambourg et la Convention des Nations Unies sur le transport multimodal international de marchandises adoptée en 1980.

b) Le connaissement en tant que reçu des marchandises

24. En premier lieu, un connaissement est un reçu ordinaire donné par le transporteur, prouvant que les marchandises ont été remises par le chargeur dans un certain ordre et dans un certain état⁵. On notera que cette fonction, qui englobe également la promesse de livrer les marchandises au destinataire au lieu de destination, ne vaut que dans le contexte de la relation entre le chargeur et le transporteur. Cette fonction n'est pas propre au connaissement et peut également être assurée par d'autres documents de transport pouvant être créés dans le contexte de la relation juridique entre le chargeur et le transporteur. La fonction de reçu suppose des conditions de forme concernant l'écrit et la signature. A cet égard, un connaissement n'est pas pour l'essentiel différent de tout autre document écrit et signé.

25. Ni les Règles de La Haye/Visby, ni les Règles de Hambourg ne disposent expressément qu'un connaissement pour le transport de marchandises par mer doit être écrit sur papier ou comporter une signature manuscrite. Toutefois, ces deux instruments imposent au transporteur l'obligation d'"émettre" un connaissement sur la demande du chargeur, font référence à des "documents" et énumèrent les informations qui doivent figurer dans le connaissement. L'article premier des Règles de Hambourg dispose expressément que "l'expression 'par écrit' doit s'entendre également des communications par télégramme ou par télex notamment". Pour ce qui des exigences en matière de signature, le paragraphe 3 de l'article 14 des Règles de Hambourg dispose que "la signature apposée sur le connaissement peut être manuscrite, imprimée en fac-similé, appliquée par perforation ou par tampon, se présenter sous forme de symbole, ou être portée par tout autre moyen mécanique ou électronique, si le procédé n'est pas incompatible avec la loi du pays où le connaissement est émis".

26. En vertu des lois de nombreux pays, un connaissement doit être écrit et signé par le transporteur ou par son agent⁶. Ces lois ne mentionnent en général pas l'effet qu'a l'omission d'une signature écrite sur la validité du connaissement. Toutefois, dans certains pays, un connaissement sans signature manuscrite est nul. Dans certaines lois nationales, l'exigence d'une signature peut être satisfaite si le nom du signataire est dactylographié ou appliqué par tampon et est accompagné de son sceau. Toutefois, dans la pratique, cette option semble n'avoir jamais été utilisée pour les connaissements maritimes. Dans d'autres pays, un écrit est exigé, mais aucune condition n'est énoncée quant à la signature; de ce fait, la signature n'est pas une formalité requise pour qu'un connaissement soit valide. Dans d'autres pays encore, un connaissement portant une signature non lisible qui ne permet pas d'identifier le signataire ne peut constituer un reçu des marchandises; toutefois, il n'est pas certain que le connaissement soit nul dans de tels cas.

c) Le connaissement en tant que preuve du contrat de transport

27. Si la teneur d'un contrat de transport peut varier en fonction des règles juridiques applicables en vertu de la législation nationale, il a été noté que "la promesse de transporter et livrer les marchandises donnée par le

⁵Voir J. Ramberg, "Documentation: sea waybills and electronic transmission", in *The Hamburg Rules: a choice for the E.E.C.?* (Antwerp, MAKLU-Bruylant-Nomos-Schulthess, 1994), p. 103.

⁶Voir A. N. Yiannopoulos, "General Report" in *Ocean Bills of Lading: Traditional Forms, Substitutes and EDI Systems* (A. N. Yiannopoulos, editor, The Hague, Kluwer Law International, 1995), p. 13.

capitaine ou l'armateur constitue le coeur du contrat de transport constaté par le connaissement"⁷. Comme la fonction de reçu, la fonction probante du connaissement n'est pas propre à cet instrument. D'autres documents de transport pouvant être créés dans le cadre de la relation entre le chargeur et le transporteur peuvent remplir la même fonction.

28. Tant les Règles de La Haye/Visby que les Règles de Hambourg exigent qu'un connaissement émis par le transporteur contienne les marques nécessaires à l'identification des marchandises; le nombre de colis ou de pièces ou la quantité ou le poids; et l'état apparent des marchandises. D'autres renseignements sont souvent insérés dans les connaissements : le nom du transporteur et du chargeur ou du destinataire; le nom du navire et de son capitaine, le port d'embarquement et le port de débarquement; la détermination du fret et du nombre de connaissements originaux; une référence aux conditions générales du transporteur; et la date et le lieu de l'émission.

29. Le paragraphe 3 de l'article 15 des Règles de Hambourg dispose que l'absence, dans le connaissement, d'une ou plusieurs des indications requises "n'affecte pas la nature juridique du document qui demeure un connaissement, à condition toutefois de satisfaire aux conditions" énoncées dans la définition ci-dessus du connaissement. Toutefois, il peut subsister des incertitudes quant aux effets de l'omission de telle ou telle condition ou information sur la validité d'un connaissement. En vertu de la loi de certains pays, il semble que l'omission de conditions "essentielles"⁸ rende le connaissement nul, alors que l'omission d'autres conditions n'a pas d'effet sur sa validité.

30. La teneur du contrat de transport constaté par le connaissement peut également varier selon les intentions des parties. Sous sa forme complète (souvent désignée sous le nom de "connaissement long"), le connaissement se caractérise par la présence de clauses contractuelles imprimées sur le document papier, souvent en petits caractères au verso du document. Le connaissement long traditionnel (papier) prédomine dans de nombreux pays. Les conditions générales du transporteur sont normalement imprimées au verso du formulaire. Les connaissements abrégés incorporent souvent les conditions générales du transporteur par référence. Dans de nombreux pays, les connaissements non cessibles, comme les lettres de transport maritime, sont normalement émis sous leur forme abrégée⁹.

d) *Le connaissement en tant que titre représentatif des marchandises*

31. La fonction du connaissement en tant que titre représentatif des marchandises est une caractéristique unique de cet instrument par rapport aux autres documents de transport utilisés dans les opérations commerciales. Pour ce qui est des relations juridiques sur lesquelles porte cette fonction, on notera que c'est en tant que titre représentatif que le connaissement produit ses effets, non seulement sur la relation chargeur/transporteur dans le cadre de laquelle il a été créé, mais aussi sur les relations transporteur/destinataire et acheteur/vendeur.

32. Pour décrire cette fonction, on dit souvent que le connaissement représente les marchandises. Cette fonction représentative permet de négocier les marchandises durant le transit, par le biais d'un mécanisme unique de transfert de ces marchandises. La livraison ne peut être effectuée par le transporteur que contre remise du document représentatif des marchandises. Comme l'a noté un éminent spécialiste, "Le mécanisme du connaissement pour le transfert des marchandises se fonde sur une idée très simple. Un document unique doit être présenté par le destinataire et constitue donc la clef qui seule donne accès au lieu où les marchandises sont entreposées... La remise du document signifie l'échange simultané du connaissement contre les marchandises décrites et visées dans le connaissement au lieu de la destination finale... Deux conséquences importantes découlent de ce mécanisme, fondé sur la fonction symbolique du document. Il est possible de négocier les

⁷Voir Kurt Grönfors, *Towards Sea Waybills and electronic Documents* (Göteborg, Maritime Law Association, 1991), p. 8.

⁸Voir R. Herber, "Current developments concerning the form of bills of lading - Germany", in *Ocean Bills of Lading: Traditional Forms, Substitutes and EDI Systems* (A. N. Yiannopoulos, editor, The Hague, Kluwer Law International, 1995), p. 162.

⁹Voir Yiannopoulos, "General Report...", p. 14.

marchandises même lorsqu'elles sont en transit au moyen du document représentatif des marchandises, car l'acheteur du connaissement sait qu'il pourra l'échanger contre les marchandises sous leur forme matérielle. En principe, il est alors aussi possible au transporteur de savoir qui est titulaire du droit sur les marchandises et en a donc le contrôle¹⁰. Cette caractéristique du connaissement est particulièrement importante pour le transport maritime de produits de base, tels que le pétrole ou les céréales qui, en raison d'une évolution des conditions du marché, peuvent changer de propriétaire plusieurs fois durant un seul voyage.

33. Les fonctions du connaissement en tant que titre représentatif des marchandises posent un certain nombre de questions.

i) Nombre d'originaux émis

34. Dans de nombreux pays, pour diverses raisons commerciales, il n'est pas rare que de multiples originaux soient émis. Naturellement, lorsqu'un des originaux produit ses effets, les autres sont annulés. Toutefois, dans ce cas, différentes parties, à différents endroits, peuvent détenir au même moment un titre valide sur les marchandises. Ainsi, il y a un risque accru de voir les marchandises réclamées frauduleusement durant le transit, alors que le détenteur d'un connaissement original peut demander de bonne foi la livraison des marchandises contre remise du document au lieu de destination finale des marchandises. Afin de limiter ce risque, la pratique commerciale exige que la personne affirmant avoir le droit de disposer des marchandises durant le transit soit en possession de tous les connaissements originaux. Cette pratique est consacrée, par exemple, à l'article 23 a) iv) des Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires (RUU 500) publiées par la Chambre de commerce internationale. Toutefois, il a été noté que, "naturellement, l'émission de plusieurs originaux risque d'entraver le rôle du connaissement en tant que titre représentatif des marchandises"¹¹.

ii) Droit de disposer des marchandises et d'en réclamer la livraison

35. Le contrat entre le chargeur et le transporteur détermine qui a ce que l'on appelle en général un "droit de disposer des marchandises", c'est-à-dire qui peut donner des instructions relatives aux marchandises en transit et qui a le droit d'en réclamer la livraison à destination. Le terme "droit de disposition" est utilisé pour indiquer le droit de donner toutes sortes de nouvelles instructions au transporteur pour l'exécution du contrat de transport. Ce droit permet de donner les instructions suivantes : arrêter les marchandises en transit, voire les faire retirer du terminal de départ, faire décharger ou stocker les marchandises ou les faire expédier à une nouvelle destination et faire livrer les marchandises à une personne autre que le premier destinataire indiqué sur le connaissement à toute étape du transit et modifier le lieu de livraison des marchandises¹².

36. Le chargeur (ou "expéditeur") a un droit exclusif de disposition à compter du moment où le transporteur prend en charge les marchandises et l'expéditeur conserve tous les originaux du connaissement. Dès qu'il cède au moins un connaissement original, il perd ce droit. Une personne achetant un original a le droit d'exiger la livraison des marchandises dès qu'elles atteignent le lieu de destination finale. Avant ce moment, le droit de donner de nouvelles instructions n'appartient qu'à la personne qui détient le jeu complet de connaissements originaux.

37. Outre ses aspects "positifs", le droit de disposition comporte également un important aspect "négatif" (ou "exclusif"). En effet, le droit de disposition transféré avec le connaissement a notamment la caractéristique suivante : la personne ayant ce droit doit pouvoir compter qu'aucune personne extérieure ne s'ingérera dans l'exécution du contrat de transport. Cet aspect "exclusif" est particulièrement important pour les banques et les autres institutions financières finançant le contrat de vente sous-jacent. Si la banque a le droit de disposition, elle possède une sûreté sur les marchandises équivalant à la possession des marchandises elles-mêmes¹³.

¹⁰Voir Grönfors, *loc. cit.*, p. 11 et 12.

¹¹*Ibid.*, p. 12.

¹²*Ibid.*, p. 13.

¹³*Ibid.*

iii) *Liens entre le contrat de transport et le contrat de vente*

38. Le mécanisme ci-dessus du "droit de disposition" des marchandises faisant l'objet du connaissement est souvent décrit comme établissant un lien entre le contrat de transport conclu par le chargeur et le transporteur et le contrat de vente conclu entre le chargeur et le destinataire. Le connaissement établi dans le contexte de la relation chargeur/transporteur est un instrument important pour la bonne exécution du contrat de vente, car c'est sur lui que se fonde le droit de demander la livraison des marchandises et l'exécution de l'obligation qu'a le vendeur de livrer les marchandises. Toutefois, dans certaines législations nationales, notamment dans les juridictions de *common law*, la doctrine a suscité des obstacles en conférant des droits indépendants à une partie autre que la partie contractante du transporteur, en mettant le destinataire en relation contractuelle avec le transporteur et en l'habilitant à réclamer les marchandises. Dans ce contexte, le connaissement a été reconnu comme un outil extrêmement important pour le commerce international, car la possession d'au moins un original habilite le porteur à réclamer les marchandises au transporteur. Ainsi, comme l'a noté un éminent spécialiste, "c'est le document papier en tant que tel qui contient la solution au problème"¹⁴.

39. Ce document peut également remplir une autre fonction importante, à savoir permettre aux acheteurs des marchandises de céder le droit de réclamer ces marchandises au transporteur en le remettant simplement à l'acheteur suivant. Grâce au connaissement, des transferts successifs peuvent ainsi avoir lieu. Cette fonction de cessibilité est maintenant reconnue internationalement, sur la base de dispositions des lois sur les connaissements ou des codes maritimes. Comme le droit sur les marchandises peut être transféré d'une partie à une autre par la remise du connaissement, le cas échéant endossé par le porteur précédent, le connaissement ressemble effectivement à un instrument négociable. Toutefois, il ne concerne que le droit du porteur de réclamer les marchandises au transporteur et non les autres aspects de la négociabilité. De ce fait, on appelle parfois le connaissement un document "transférable" ou "quasi négociable"¹⁵.

2. *La nécessité de trouver des solutions de remplacement au connaissement*

a) *Avantages et inconvénients du connaissement*

40. Comme il est noté dans le rapport général de l'Académie, les avantages des connaissements traditionnels sont les suivants : la fonction du connaissement en tant que document commercial transférable, qui facilite le transfert des droits sur les marchandises, notamment par endossement et remise du connaissement; de ce fait, la qualité du connaissement en tant que garantie fiable pour le financement maritime et le crédit documentaire; l'aptitude des parties à déterminer qui a un droit sur les marchandises par simple inspection visuelle du connaissement; le degré élevé d'uniformité dans la pratique internationale des connaissements; et l'inclusion des conditions du contrat de transport dans le connaissement lui-même¹⁶.

41. Selon la même source, les inconvénients du connaissement traditionnel sont les suivants : arrivée tardive; coût élevé; risque d'émission frauduleuse de connaissements; et informations imprécises ou insuffisantes.

42. Du fait de la modernisation de l'industrie des transports maritimes, les marchandises arrivent plus vite au port de destination, mais ce n'est pas le cas des documents de transport. Le transfert du connaissement et du droit de réclamer les marchandises prend un temps considérable. L'arrivée des documents au port de débarquement est en général retardée, car ils doivent transiter par une banque à des fins de crédit documentaire. De nombreux pays notent que l'arrivée tardive du connaissement au port de débarquement est un des principaux problèmes que pose l'utilisation des connaissements traditionnels sur papier. Cette situation crée des goulots d'étranglement dans les ports, car le transporteur ne peut légitimement remettre les marchandises tant que le destinataire ne lui présente pas le connaissement. Les retards sont également sources de dépenses additionnelles liées à la garde et à l'assurance des marchandises. L'arrivée tardive du connaissement peut également avoir un autre effet

¹⁴Voir Jan Ramberg, "Electronic transfer of rights to goods in transit", in *Trading with EDI - The legal issues*, H. B. Thomsen and B. S. Wheble, éd. (London, IBC Financial Books, 1989), p. 186.

¹⁵*Ibid.*, p. 186.

¹⁶Voir Yiannopoulos, "General Report...", p. 17.

secondaire : la remise non autorisée des marchandises par le transporteur ou l'autorité portuaire, sans présentation du connaissement. Le vendeur se trouve ainsi dans la situation peu enviable de ne pas avoir été payé pour les marchandises livrées¹⁷.

43. Les connaissements sur papier présentent un autre inconvénient : le coût élevé de leur production et de leur traitement. Un rapport de la Commission des Communautés européennes, daté de 1989, estime que, dans le "secteur des transports, le coût des documents traditionnels et des retards dus à la production et au contrôle de ces documents représenterait 10 à 15 % du coût final du transport"¹⁸.

44. Autre inconvénient encore des connaissements traditionnels, il est facile d'en établir des faux. Un connaissement en blanc peut être utilisé pour créer et négocier sans grande difficulté un connaissement frauduleux. Le fraudeur peut ainsi négocier des marchandises qui n'existent pas, ou obtenir un crédit bancaire fondé sur une garantie inexistante. Cette fraude suppose nécessairement la contrefaçon des signatures autorisées sur le connaissement. Le connaissement dans son entier peut être contrefait, la signature peut être contrefaite, la quantité de marchandises peut être modifiée et l'expéditeur peut frauduleusement vendre deux à trois fois les mêmes marchandises à des acheteurs différents. Les exemples ci-dessus ne constituent en rien une liste exhaustive des types de fraude possibles.

45. L'inclusion d'informations inexactes ou insuffisantes sur les connaissements traditionnels est un problème qui se rencontre souvent. Les erreurs portent en général sur les données concernant les marchandises ou le destinataire. Cela risque de retarder la livraison des marchandises, car le transporteur pourra être tenu d'inspecter les marchandises, de modifier le manifeste et peut-être le connaissement lui-même. Un rapport de la Commission des Communautés européennes fait état du coût lié à ces erreurs : "les coûts dus aux papiers à remplir, aux erreurs, à la redondance des données, ... au temps d'attente dans les bureaux, à l'usine et aux postes de douane pourraient représenter jusqu'à 10 % du coût du produit fini exporté".

b) *Une solution de remplacement des connaissements : les lettres de transport maritime*

46. Comme il est noté dans le rapport général de l'Académie, la tendance est sans aucun doute à l'utilisation accrue des lettres de transport maritime en remplacement des connaissements traditionnels. La lettre de transport maritime est un document non négociable qui constate le contrat de transport et constitue un reçu des marchandises par le transporteur. Elle n'est pas un titre représentatif des marchandises et ne peut être utilisée pour en transférer la propriété¹⁹. La lettre de transport maritime n'a pas à être présentée pour obtenir livraison des marchandises; le transporteur livre au destinataire désigné qui n'a qu'à prouver son identité²⁰.

47. Les lettres de transport maritime présentent plusieurs avantages par rapport aux connaissements traditionnels. Elles peuvent voyager avec les marchandises; elles permettent d'éviter des procédures documentaires longues et complexes et elles réduisent le risque du transporteur par rapport au destinataire. Elles présentent toutefois des inconvénients importants. Elles ne sont pas négociables et, bien qu'acceptées par les banques pour l'obtention de crédits documentaires, elles n'offrent pas la garantie que donne un connaissement traditionnel. L'acheteur ayant payé les marchandises par avance risque de voir le vendeur ordonner au transporteur de modifier l'identité du destinataire, alors que les marchandises sont en transit. Le chargeur a

¹⁷*Ibid.*, p. 18.

¹⁸*Commission des Communautés européennes : Situation juridique des États membres au regard du transfert électronique de données : Rapport final* (sept. 1989), cité par Amélia H. Boss, "The International Commercial Use of Electronic Data Interchange and Electronic Communications Technologies", *Law Bus*, vol. 46, n° 1787 (1991).

¹⁹On trouvera une étude riche d'enseignements sur la nature et la fonction des connaissements dans "Draft Discussion Paper: Proposals for Reform of Australian Bills of Lading Legislation", établi par la International Trade Law Section of the Attorney General's Department of Australia, en coopération avec le Department of Transport and Communications (1993), p. 14 à 16.

²⁰Voir Yiannopoulos, "General Report...", p. 19.

toujours le droit d'exiger en vertu des Règles de La Haye/Visby qu'un connaissance traditionnel "embarqué" soit émis, ce qui rend la lettre de transport maritime sans objet.

48. Néanmoins, la popularité des lettres de transport maritime continue d'augmenter. Dans de nombreux pays, ces lettres sont utilisées à la place des connaissances traditionnels. A moins que la cessibilité ne soit un élément essentiel d'un transport particulier, l'utilisation des lettres de transport maritime est recommandée, afin d'éviter les retards et les coûts liés aux connaissances traditionnels.

B. Dans un environnement électronique

1. L'approche fonctionnelle

49. Conformément à l'approche qu'il a retenue lors de l'élaboration de la Loi type, le Groupe de travail voudra peut-être envisager les questions liées aux documents de transport maritime en se fondant sur une approche fonctionnelle. En tant qu'outil analytique, cette approche est également conforme à celle qui a été retenue par l'Académie internationale de droit comparé dans ses travaux sur la forme des connaissances. On se rappellera qu'une telle approche, désignée également sous le nom d'"approche de l'équivalent fonctionnel", se fonde sur une analyse de l'objet et des fonctions de l'exigence traditionnelle d'un document papier, afin de déterminer comment cet objet et ces fonctions peuvent être remplis par des techniques EDI. Par exemple, pour ce qui est des fonctions du papier en général, les documents électroniques peuvent offrir le même niveau de sécurité que le papier et, dans la plupart des cas, un degré de fiabilité et une rapidité beaucoup plus élevés, notamment pour ce qui est de l'identification de la source et de la teneur des données, à condition qu'un certain nombre d'exigences techniques et juridiques soient satisfaites.

50. Un message de données ne peut en soi être considéré comme l'équivalent d'un document papier, car il est de nature différente et ne remplit pas nécessairement toutes les fonctions possibles d'un document papier. C'est pourquoi la Loi type a adopté une norme flexible, tenant compte des diverses exigences actuelles dans un environnement papier : lorsque l'on a adopté l'approche de l'équivalent fonctionnel, on a tenu compte de la hiérarchie actuelle des conditions de forme des documents papier, qui offre différents niveaux en ce qui concerne la fiabilité, la possibilité de retracer le document et l'inaltérabilité. Par exemple, la condition selon laquelle les données doivent être présentées sous forme écrite (ce qui constitue une exigence "seuil") ne doit pas être confondue avec des conditions plus strictes, telles que l'exigence d'un "écrit signé", d'un "original signé" ou d'un "acte authentifié".

51. La Loi type ne tente pas de définir un équivalent informatique du document papier. Elle répertorie plutôt les fonctions essentielles des conditions de forme pour les documents papier, afin d'énoncer des critères qui, une fois satisfaits par les messages de données, permettent à ces messages de bénéficier de la même reconnaissance juridique que le document papier correspondant remplissant la même fonction.

52. Dans le contexte des documents de transport maritime, l'approche fonctionnelle présente l'avantage suivant : elle peut être utilisée pour analyser divers documents, qu'ils soient ou non cessibles, par exemple les connaissances transférables et les lettres de transport maritime non transférables. Les solutions juridiques qui seront élaborées sur la base de cette approche fonctionnelle présenteront l'avantage d'être neutres par rapport aux pratiques commerciales suivies dans le contexte des documents commerciaux sur papier.

2. Obstacles juridiques et techniques aux documents de transport dématérialisés

53. Le rapport général de l'Académie note que le remplacement des connaissances traditionnels par des équivalents électroniques suppose que les questions juridiques et techniques suivantes sont réglées : satisfaction des conditions en matière d'écrit et de signature; valeur probante des communications électroniques; détermination du lieu de la formation du contrat; répartition des responsabilités en cas de messages erronés, d'échec des communications et de pannes de système; incorporation des conditions générales; et préservation de la confidentialité. Certaines de ces questions ont déjà été traitées dans la Loi type et d'autres devront sans doute être examinées plus avant par le Groupe de travail.

a) *Questions déjà traitées dans la Loi type*

54. Parmi les obstacles juridiques à l'utilisation de documents de transport maritime dématérialisés, ceux qui tiennent aux conditions relatives à l'écrit et à la signature et à la valeur probante des communications électroniques sont déjà réglés dans les articles 4 à 8 du projet de Loi type de la CNUDCI. Les questions liées à la formation des contrats dans un environnement électronique devraient l'être dans les projets d'articles 13 et 14, qui doivent être examinés par la Commission à sa vingt-neuvième session.

b) *Questions qui pourraient être examinées par le Groupe de travail*

i) *Négociabilité ou cessibilité*

55. Il est noté dans le rapport général de l'Académie qu'"En réglant les questions liées à l'écrit et à la signature dans un contexte EDI, on ne résout pas la question de la négociabilité qui, a-t-on dit, est sans doute l'aspect le plus complexe de l'utilisation de l'EDI dans le commerce international"²¹. En vertu des règles juridiques régissant les connaissements négociables, les droits sur les marchandises, tels que la propriété, sont fondés sur la possession matérielle d'un document papier original, le connaissement traditionnel". Il est noté dans le même rapport qu'"Il n'y a en général pas de moyens légaux par lesquels les parties commerciales, au moyen de l'échange de messages électroniques, peuvent valablement transférer des droits de la même manière qu'au moyen de documents papier"²². En outre, "le régime juridique des instruments négociables ... est essentiellement fondé sur la technique du *document original tangible sur papier*, pouvant être vérifié visuellement sur place et sans délai. Dans l'état actuel de la législation, la négociabilité ne peut être séparée de la possession matérielle du document original sur papier"²³. Ayant noté que "les Règles du CMI tentent de contourner l'exigence d'un titre sur papier en disposant qu'une transmission électronique 'a les mêmes effets qu'une transmission de ce droit intervenant en vertu d'un connaissement'"²⁴, le rapport indique que "le problème que pose cette disposition est que les règles de droit impératives ne peuvent être écartées par simple convention des parties, car elles ont d'autres objectifs utiles, tels que la protection des tiers. Dans les juridictions dans lesquelles l'endossement et la remise matériels d'un titre sont requis pour que la propriété des marchandises soit transférée, les opérations sans papier n'auraient pas d'effets". Le rapport conclut qu'"en règle générale, la création de titres de propriété négociables est une prérogative de la loi"²⁵ et que "Cela souligne la nécessité de procéder à une réforme législative si l'on veut utiliser les connaissements électroniques"²⁶.

56. Lorsqu'il tentera de concevoir un équivalent fonctionnel du connaissement cessible au moyen d'une disposition légale type, le Groupe de travail voudra peut-être décider de ne pas résoudre tous les problèmes qui se posent à propos du régime juridique des connaissements sur papier. En particulier, il souhaitera peut-être considérer que toutes les questions relatives au lien entre le contrat de transport et le contrat de vente ne sont pas résolues avec les connaissements sur papier. Un éminent spécialiste a noté que "Le transfert du titre de propriété des marchandises est un problème juridique complexe pour lequel aucune convention ou aucun accord international ne peuvent faire office de dénominateur commun. De fait, la dernière convention internationale traitant de la vente des marchandises, à savoir la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises de 1980, dispose expressément, dans son article 4 b), qu'elle ne concerne pas 'les

²¹Voir J. B. Ritter et J. Y. Gliniecki, "International Electronic Commerce and Administrative Law: The Need for Harmonized National Reforms", *Harvard Journal of Law and Technologie*, n° 279 (1993).

²²*Ibid.*

²³Voir K. Bernauw, "Current developments concerning the form of bills of lading - Belgium", in *Ocean Bills of Lading: Traditional Forms, Substitutes and EDI Systems* (A. N. Yiannopoulos, éd., The Hague, Kluwer Law International, 1995), p. 114.

²⁴Règles du CMI, article 7 d).

²⁵Voir B. Kozolchyk, "Evolution and Present State of The Ocean Bill of Lading from a Banking Law Perspective", *Journal of Maritime Law and Commerce*, vol. 23 (1992), p. 240.

²⁶Voir Yiannopoulos, "General Report...", p. 38.

effets que le contrat peut avoir sur la propriété des marchandises vendues'. De même, les règles d'interprétation des termes commerciaux les plus couramment utilisés, parrainées par la Chambre de commerce internationale [les INCOTERMS] s'abstiennent également de traiter de cette question".

57. Au cas où le Groupe de travail déciderait de ne pas traiter des effets des connaissements sur la propriété des marchandises en vertu du contrat de vente et axerait son attention sur la fonction de cessibilité remplie par le connaissement en vertu du contrat de transport, sa décision serait conforme à l'approche de l'équivalent fonctionnel adoptée lors de l'élaboration de la Loi type. On se rappellera que le Groupe de travail avait décidé que l'adoption de cette approche ne devrait pas avoir pour résultat d'imposer aux utilisateurs de moyens électroniques de communication des normes plus strictes (y compris les coûts qui s'y rattachent) que dans un environnement papier.

58. Dans le cadre du contrat de transport, le connaissement en tant que titre représentatif des marchandises (comme il est indiqué ci-dessus) peut être décrit comme une promesse cessible par laquelle le transporteur s'engage à livrer les marchandises exclusivement au porteur d'une déclaration originale figurant sur un document ou un ensemble de documents unique. Le Groupe de travail voudra peut-être considérer que ces caractéristiques constituent une variante, ou une combinaison particulière des caractéristiques déjà examinées, à un niveau plus général, lors de l'élaboration de la Loi type, notamment sous les rubriques "authentification" et "original".

ii) Conditions générales

59. Les conditions générales figurent normalement au verso des connaissements longs sur papier. Dans un contexte EDI, les données sont nécessairement comprimées, de sorte que les conditions additionnelles ne seront normalement pas transmises. Pour résoudre ce problème, on peut "incorporer les conditions standard dans un accord de communication entre les partenaires commerciaux" (A/CN.9/333, par. 67). Ces accords sont en général connus sous le nom d'accords cadres. Faute de tels accords, le droit matériel, les usages établis entre les parties et les usages du commerce peuvent permettre de combler les lacunes dues aux transmissions électroniques.

60. Comme l'a noté le Groupe de travail lors de l'élaboration de la Loi type, les moyens électroniques de communication ne sont ni dotés des moyens techniques, ni même conçus pour transmettre toutes les clauses juridiques des conditions générales figurant au verso des documents papier traditionnellement utilisés par les partenaires commerciaux (A/CN.9/360, par. 91). Le Groupe de travail jugera peut-être approprié de reprendre son débat sur la question de l'incorporation par référence dans le contexte des connaissements. A titre d'exemple de clause d'incorporation, on pourrait étudier le texte suivant, examiné au sein du Groupe de travail de la facilitation des procédures du commerce international (WP.4) de la Commission économique pour l'Europe, qui est également cité par un éminent spécialiste :

"Les marchandises transportées en vertu du contrat attesté par le présent document seront acheminées selon les conditions de transport types (y compris celles relatives aux opérations précédant le transport et au transport proprement dit), et selon les tarifs appliqués par le transporteur le jour de leur prise en charge et conformément aux dispositions de toute convention internationale ou loi nationale obligatoirement applicable audit contrat.

Un exemplaire des conditions de transport types du transporteur applicables à la présente opération peut être consulté ou obtenu sur demande au bureau du transporteur ou auprès de ses agents principaux."²⁷

iii) Responsabilité en cas de message erroné, de défaut de communication et de panne de système

61. Il est noté dans le rapport général de l'Académie qu'"une question doit être traitée avant que les parties ne puissent s'engager dans des opérations électroniques, à savoir qui est responsable en cas de message erroné, de défaut de communication et de panne de système (A/CN.9/333, par. 76). La responsabilité doit être répartie de

²⁷Document CEE/ONU, TRADE/WP.4/GE.2/R.114.

manière équitable et prévisible avant que les transporteurs et les autres parties aux opérations de transport international puissent utiliser largement l'EDI"²⁸.

62. Le rapport note également que "l'une des principales lacunes des Règles du CMI reste l'absence de dispositions régissant la répartition des responsabilités"²⁹. Le rapport, qui se fonde sur un projet antérieur de texte de la Loi type, comportant des dispositions sur la responsabilité, se félicite des orientations données dans le projet d'article 15 de la Loi type, en vertu duquel une partie n'observant pas une des dispositions énoncées dans les règles uniformes serait 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. Le Groupe de travail voudra peut-être étudier s'il serait bon de réintroduire une telle règle dans le cadre des dispositions relatives aux équivalents fonctionnels des documents de transport maritime. D'autres questions pourraient être examinées : les parties devraient-elles être exonérées en cas de dommages spéciaux ou indirects ? Et qui est responsable en cas de panne du système ? Comme il est noté dans le rapport général de l'Académie, "même dans les cas où peut jouer l'exception de force majeure, quelqu'un doit supporter la charge de la perte, notamment si des tiers innocents sont en jeu".

iv) *Confidentialité*

63. Le rapport général de l'Académie indique que "la plupart des grandes sociétés internationales de négoce et de transport cultivent depuis toujours le secret et seraient horrifiées à l'idée de voir leurs structures ou méthodes commerciales, ou leurs systèmes de tarification soumis à l'examen de concurrents. De ce fait, un registre central unique qui rassemblerait des données sur toutes les opérations commerciales présenterait des risques inacceptables. C'est d'ailleurs en partie pour cette raison que l'expérience SeaDocs a échoué"³⁰. Certains auteurs, toutefois, estiment qu'un système central d'enregistrement rendant les données accessibles au public est souhaitable, car il permettrait de développer le marché secondaire des marchandises en transit. Il a également été avancé que les informations figurant sur un registre central des connaissements doivent devenir publiques et acquérir le statut juridique de notifications officielles, afin de protéger les banques et d'autres prêteurs nantis acquérant des sûretés sur les marchandises négociées au moyen de connaissements électroniques³¹. Mais les réticences liées à la confidentialité persistent. Le système d'enregistrement des transporteurs envisagé par les Règles du CMI atténue ces préoccupations dans une certaine mesure, car chaque transporteur ne conserverait que les données commerciales relatives à ses propres expéditions et il n'y aurait pas un registre de toutes les données commerciales relatives aux échanges effectués dans le monde entier. Les lois nationales criminalisant ou réprimant de tout autre manière l'accès sans autorisation à des données électroniques, ou leur utilisation ou leur modification sans autorisation, dissuadent de s'introduire dans des dossiers informatisés. Les lois en vigueur ne traitent toutefois pas des préoccupations liées au fait qu'un système de communication électronique peut envisager de donner accès aux données figurant dans le registre à ses membres ou au public. Pour pouvoir être largement accepté, un système de connaissements électroniques doit répondre à ces préoccupations en matière de confidentialité.

64. Vu que les questions de confidentialité et de protection de données n'ont pas été traitées dans la Loi type, le Groupe de travail voudra peut-être étudier s'il serait nécessaire d'élaborer des règles particulières à ce propos dans les dispositions établissant des équivalents fonctionnels des documents de transport maritime.

c) *Conclusions*

65. L'Académie internationale de droit comparé est arrivée aux conclusions suivantes dans son rapport général sur les connaissements :

²⁸ *Ibid.*, p. 39.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Ibid.*, p. 40.

³¹ *Ibid.*

"Les rapports nationaux et le rapport général sont essentiellement axés sur l'utilisation des connaissances électroniques à la place des documents traditionnels. L'évolution de la situation, en ce qui concerne la forme des connaissances, a déjà suscité une riche littérature technique et juridique. [...] Les rapports nationaux examinent - et le rapport général résume - les avantages des connaissances électroniques, qui sont nombreux : coût inférieur, meilleure efficacité, meilleure sécurité, livraison plus rapide des marchandises à la fin du transport. Néanmoins, les connaissances électroniques *ne* sont utilisés dans *aucun* des pays ayant établi des rapports et, [à une exception près]³², il n'est pas prévu de mettre en place des connaissances électroniques dans un avenir proche. Le principal obstacle est ce que l'on appelle 'le poids de la tradition'.

Les problèmes juridiques que posent les connaissances électroniques sont peu nombreux et tiennent au fait que les législations doivent attribuer aux communications électroniques les fonctions remplies traditionnellement par l'écrit et la signature, déterminer la valeur probante des sorties d'imprimante et établir la négociabilité des connaissances électroniques. Ces problèmes juridiques peuvent être aisément résolus. Toutefois, des mesures législatives ne sauraient à elles seules permettre une généralisation des connaissances électroniques.

Leur utilisation se fonde essentiellement sur une décision commerciale plutôt que juridique. La loi peut établir un cadre juridique à propos de la fonction des connaissances électroniques, de la même manière que pour les connaissances traditionnels et avec les mêmes effets. Toutefois, en dernière analyse, c'est en fonction des intérêts commerciaux que l'on déterminera si la possibilité d'utiliser des connaissances électroniques et les incitations économiques qui s'y rattachent pèsent plus lourd que les craintes en matière de confidentialité et de préservation des secrets commerciaux, d'exactitude des informations et de sécurité des opérations et des acquisitions. Ces craintes appellent des solutions plus techniques que juridiques"³³.

II. INITIATIVES PRISES PRÉCÉDEMMENT POUR TRAITER DES QUESTIONS LIÉES AUX CONNAISSEMENTS DANS UN ENVIRONNEMENT ÉLECTRONIQUE

66. Durant les quelques dernières années, de nombreuses tentatives ont été faites par diverses organisations internationales, qu'elles soient intergouvernementales ou non gouvernementales, et par divers groupes d'utilisateurs des techniques de communication électroniques pour résoudre les problèmes tenant à la difficulté qu'il y a à reproduire les fonctions d'un connaissance traditionnel papier dans un environnement électronique. Ces tentatives se fondaient sur deux approches différentes : une approche indirecte, encourageant l'utilisation de substituts des connaissances cessibles et une approche directe, se fondant sur diverses méthodes utilisées pour reproduire les fonctions des connaissances cessibles dans un environnement électronique.

A. Approche indirecte : utilisation de substituts des connaissances

1. Les INCOTERMS de la CCI

67. La volonté de promouvoir l'utilisation de substituts des connaissances traditionnels transparaît dans la dernière révision des INCOTERMS, publiée par la Chambre de commerce internationale en 1990 (les INCOTERMS de la CCI). La référence traditionnelle aux connaissances a été remplacée par une référence au "document de transport usuel" et les exemples suivants sont donnés : "connaissance négociable, lettre de voiture maritime non négociable ou connaissance fluvial". Ainsi, les INCOTERMS n'exigent plus que le document de transport maritime soit un connaissance cessible. Dans leur introduction, les INCOTERMS appellent expressément l'attention sur le fait que "ces dernières années, on est parvenu à une simplification considérable des pratiques documentaires. Les connaissances sont fréquemment remplacés par des documents

³²Au Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, le *Carriage of Goods by Sea Act 1992* habilite le Secretary of State à prévoir l'application de cette loi au cas où un système de télécommunication est utilisé pour effectuer des opérations.

³³Voir Yiannopoulos, "*General Report...*", p. 41.

non négociables semblables à ceux utilisés pour des modes de transport autres que le transport par mer. Ces documents portent le nom de 'lettre de transport maritime', '*liner waybill*', 'reçu de fret' ou des variantes de ces expressions. Ces documents non négociables sont d'un usage très satisfaisant, sauf si l'acheteur désire vendre les marchandises en cours de transport en remettant au nouvel acheteur un document papier. Pour que cela soit possible, l'obligation du vendeur de fournir un connaissement selon les termes CFR et CIF doit nécessairement être maintenue. Mais, si les parties contractantes savent que l'acheteur n'envisage pas de vendre les marchandises en cours de route, elles peuvent expressément libérer le vendeur de l'obligation de fournir un connaissement, où elles peuvent utiliser les termes CPT et CIP qui ne comportent pas l'obligation de fournir un connaissement". Les INCOTERMS révisés mentionnent également la notion de "message d'échange de données informatiques équivalent" pour remplacer le document traditionnel papier.

2. Révision de la recommandation nE 12, CEE/FAL

68. Le Groupe de travail de la facilitation des procédures du commerce international (WP.4) de la Commission économique pour l'Europe a adopté à sa neuvième session, en mars 1979, la Recommandation nE 12 intitulée "Mesures destinées à faciliter les procédures relatives aux documents de transport maritime". La recommandation visait à modifier la pratique administrative et commerciale de manière à réduire le plus possible l'utilisation de documents de transport négociables et encourager l'emploi, à la place, des lettres de transport maritime ou d'autres documents de transport non négociables. Elle visait également à encourager l'emploi de documents de transport établis en un seul exemplaire original et de documents de transport types avec verso en blanc. A sa trente-septième session, en mars 1993, le Groupe de travail a approuvé une nouvelle recommandation nE 12 révisée. Cette révision tenait compte des modifications des pratiques administratives et commerciales et de la documentation, ainsi que de faits nouveaux tels que l'élaboration des Règles uniformes du CMI et des Règles CNUCED/CCI applicables aux documents de transport multimodal.

69. Le dispositif de la recommandation est libellé comme suit :

" ... [il est suggéré que les partenaires commerciaux :

- i) reconnaissent les avantages de la lettre de transport maritime non négociable et encouragent son utilisation en lieu et place du connaissement, lorsque les marchandises ne font pas l'objet d'une transaction commerciale en cours de transport;
- ii) reconnaissent les inconvénients que comporte l'utilisation du connaissement négociable lorsqu'il n'est pas indispensable à la transaction commerciale ainsi que les inconvénients, les coûts et les risques qu'entraîne le fait de remettre les marchandises au lieu de destination en échange d'une lettre de garantie d'une banque en l'absence d'un connaissement original;
- iii) accueillent favorablement la tendance des transporteurs à faire simplement référence (sur un document abrégé avec verso en blanc) aux clauses et conditions du contrat de transport (imprimées en petits caractères au verso d'un connaissement), en notant que ces clauses et conditions ne sont pas négociables sauf peut-être en cas d'affrètement et qu'elles dépendent des conventions internationales appropriées;
- iv) n'exigent un connaissement négociable - ou son équivalent électronique - que dans les cas où les marchandises auxquelles il se rapporte font l'objet d'une transaction commerciale en cours de transport, en prenant acte des possibilités offertes par les systèmes d'enregistrement [...] et en notant qu'il s'agit là d'une initiative qui tire parti des avantages offerts par l'EDI et qui est suffisamment crédible pour susciter l'intérêt aussi bien des milieux commerciaux que de l'administration;
- v) examinent la question de savoir s'il serait souhaitable d'exiger qu'un document de transport maritime négociable sur papier soit émis en un seul et unique exemplaire original (1 x 1) pour lutter contre les manœuvres frauduleuses.

De leur côté, les autorités administratives devraient :

- i) reconnaître la possibilité de satisfaire à des exigences administratives ou à des prescriptions impératives (y compris celles du droit interne et/ou des conventions internationales) en utilisant la lettre de transport maritime non négociable de préférence au connaissement négociable;
- ii) examiner la possibilité de mettre au point une législation permettant de remplacer un document de transport maritime sur papier par un message électronique équivalent.

Les partenaires commerciaux et les autorités administratives devraient reconnaître les avantages qu'offre l'utilisation de la recommandation nE 8 du WP.4 'Méthode du code d'identification unique (UNIC)', qui a pour objet de simplifier les procédures commerciales et les rendre plus sûres, et ce, que l'on utilise des documents de transport sur papier ou des messages électroniques équivalents."

B. L'approche directe : imitation des connaissements dans un environnement électronique

1. L'expérience SeaDocs

70. SeaDocs Registry Limited était une société du Delaware basée à Londres constituée par la Chase Manhattan Bank et INTERTANKO, association d'exploitants indépendants de pétroliers, afin de négocier électroniquement les connaissements émis pour les transports de pétrole³⁴. On l'a appelée "la première tentative sérieuse faite par une entreprise de premier plan pour faciliter le transfert électronique de connaissements négociables". Le projet, qui avait été lancé en 1986, a survécu moins d'un an. Dans le système SeaDocs, le transporteur émettait un connaissement traditionnel. Ce connaissement était immédiatement retiré de la circulation et déposé auprès de SeaDocs, qui faisait office de dépositaire-gardien du connaissement original papier, ainsi que de registre des négociations fondées sur des connaissements. SeaDocs faisait office d'agent de toutes les parties à l'opération de transport et était habilité à endosser le connaissement et à effectuer les transferts de propriété des marchandises durant le transit. En tant qu'agent, SeaDocs était également habilité à remettre le connaissement original papier au destinataire final.

71. Les communications électroniques étaient utilisées pour effectuer les transferts de propriété durant le transit. Lorsque SeaDocs recevait le connaissement original papier du chargeur, il émettait une "clef de contrôle" ou un code à l'intention du chargeur. Lorsque le chargeur négociait le connaissement, il en avisait SeaDocs par ordinateur et donnait à l'acheteur une partie de la clef de contrôle. L'acheteur notifiait également SeaDocs. Ce n'est qu'après avoir reçu et vérifié les deux messages que SeaDocs enregistrait le nom de l'acheteur en tant que nouveau propriétaire. SeaDocs enregistrait également cette information sur le connaissement original papier en sa possession. Lorsque les marchandises arrivaient à destination, SeaDocs transmettait un code au transporteur et au dernier propriétaire enregistré. Ce code permettait au propriétaire de demander la livraison des marchandises.

72. SeaDocs n'éliminait pas entièrement les documents papier car il y aurait eu à cela, semble-t-il, des obstacles juridiques. Lors de discussions concernant le projet SeaDocs, avant que celui-ci ne soit mis en œuvre, la Chase Manhattan Bank avait affirmé que les opérations de SeaDocs seraient légales en vertu de la loi régissant le transfert des connaissements car "le registre 'reflète' les pratiques commerciales actuelles... Comme elles ont les documents [c'est-à-dire qu'elles en conservent la propriété légale], la position des parties à un litige ne serait pas altérée en vertu de la loi". Bien que SeaDocs n'ait pas fait état de difficultés opérationnelles et n'ait exigé que des frais d'enregistrement relativement faibles, il n'a pas attiré suffisamment de partenaires commerciaux et de banques pour survivre. Les raisons de cet échec sont les suivantes : *a)* le coût potentiellement élevé de l'assurance des opérations du registre, notamment parce que la responsabilité des participants n'avait pas été établie; *b)* la répugnance des négociants de produits de base à enregistrer leurs opérations sur un registre central soumis à l'inspection de concurrents et des autorités fiscales; *c)* les réticences manifestées par des acheteurs finals de pétrole brut à acquérir des connaissements auprès d'une entité conçue pour servir des intermédiaires et des

³⁴Voir Kozolchyk, *loc. cit.*, p. 161, et Robert P. Merges et Glenn H. Reynolds, "Toward a Computerized System for Negotiating Ocean Bills of Lading", *The Journal of Law and Commerce*, vol. 6 (1986), p. 23 à 36.

spéculateurs; et d) l'inquiétude des banques de voir le système d'enregistrement placé sous le contrôle exclusif de l'un de leurs concurrents³⁵.

2. Les Règles du CMI relatives aux connaissements électroniques

73. Les Règles du CMI relatives aux connaissements électroniques (les "Règles du CMI") ont été adoptées en 1990 et brièvement examinées par le Groupe de travail à sa vingt-quatrième session, en 1992. La principale caractéristique de ces Règles tient à la création, par le transporteur, d'un connaissement électronique qui fait également office de registre officiel des négociations. Les Règles du CMI n'ont pas pour objet de remplacer les règles de fond régissant les connaissements, telles que les Règles d'Hambourg, ou les Règles de La Haye. Elles "ont pour objet de combler les lacunes des accords-cadres et accords individuels et des règles adoptées par les partenaires commerciaux et d'énoncer des normes facilitant l'opposabilité des télécommunications dans les juridictions répuant à accepter de telles communications comme contraignantes"³⁶. On trouvera ci-après un bref aperçu des mécanismes mis en place par les Règles du CMI.

74. Les Règles du CMI sont de caractère contractuel. Premièrement, les parties doivent convenir que les Règles s'appliqueront à leurs opérations. Ensuite, après que le transporteur a confirmé la "note de réservation" (*booking note*) du chargeur, précisant les conditions de ce dernier et après que le chargeur a livré les marchandises au transporteur, ce dernier accuse réception des marchandises. Cet accusé de réception prend la forme d'un "message de réception" transmis à l'adresse électronique du chargeur. Le message de réception comprend une description de la quantité, de la qualité et de l'état des marchandises, la date et le lieu de la réception des marchandises et une référence aux conditions de transport du transporteur. En même temps que le message de réception, le transporteur transfère au chargeur un code secret ("clef confidentielle") qui sera utilisé pour garantir l'authenticité et l'intégrité de toute instruction future adressée au transporteur à propos des marchandises. La clef confidentielle peut être tout code techniquement approprié, par exemple une combinaison de chiffres et de lettres dont les parties peuvent convenir. La partie en possession d'une clef confidentielle valide est le "porteur" et, étant porteur de la clef confidentielle, a un "droit de disposition et de transfert" des marchandises, c'est-à-dire qu'elle a le droit exclusif de demander la livraison des marchandises, de désigner un destinataire, de transférer la propriété ou tout droit du porteur à une autre partie, et de donner toutes instructions au transporteur sur tout autre sujet relatif aux marchandises.

75. Dès réception du message de réception, le chargeur doit confirmer au transporteur qu'il accepte la description des marchandises figurant dans le reçu. Le chargeur ne devient pas porteur tant que la confirmation n'a pas été envoyée. Pour que le droit de disposition et de transfert soit transféré, les mesures suivantes doivent être prises : notification au transporteur par le porteur actuel de la clef confidentielle de son intention de transférer à une autre personne le droit de disposition et le transfert; la confirmation par le transporteur de cette notification; la transmission par le transporteur au nouveau porteur pressenti d'une description des marchandises; la notification au transporteur par le nouveau porteur pressenti de son acceptation de la description des marchandises; et l'annulation par le transporteur de la clef confidentielle ayant cours et l'attribution d'une nouvelle clef confidentielle au nouveau porteur. Le nouveau porteur de la clef confidentielle peut alors transférer ses droits sur les marchandises à un nouveau porteur en suivant la même démarche. Au port de destination, le transporteur doit livrer les marchandises conformément aux instructions relatives à la livraison après vérification au moyen de la clef confidentielle.

76. On notera que la clef confidentielle est unique pour chaque porteur successif. Le porteur précédent ne transfère pas sa clef confidentielle au porteur suivant. Le transporteur fait office de registre central et annule la clef confidentielle avant d'en attribuer une nouvelle au nouveau porteur. En outre, on notera que la simple possession de la clef confidentielle ayant cours n'est pas suffisante pour transférer le droit de disposition et de transfert. Le transporteur, en communiquant avec le porteur de la clef, vérifie également si l'ordre de transfert a été donné par la personne identifiée par le porteur précédent. Cette vérification d'identité est faite par des moyens électroniques d'authentification venant s'ajouter à la clef confidentielle.

³⁵Voir Yiannopoulos, "General Report...", p. 22 à 24.

³⁶Voir Kozolchik, *loc. cit.*, p. 230.

77. Il a été noté qu'à ce jour les Règles du CMI "représentent la meilleure tentative de donner effet aux connaissements électroniques négociables. Ces règles ne sont toutefois pas sans lacunes. Premièrement, elles ne prévoient pas de moyen de déterminer la date et le lieu d'émission du connaissement. De ce fait, les questions du choix de la loi et de la juridiction sont particulièrement difficiles à résoudre. Deuxièmement, les Règles ne traitent pas de la répartition de la responsabilité en cas de panne ou de défaillance du système. Troisièmement, elles imposent une responsabilité excessive au transporteur. Celui-ci doit 'accuser réception des marchandises, confirmer la notification de l'intention de transmettre le droit de disposition, transmettre des informations au nouveau porteur pressenti, recevoir le message d'acceptation du nouveau porteur, annuler l'ancienne clef confidentielle et en attribuer une nouvelle, aviser le porteur du lieu et de la date de la livraison et livrer les marchandises'³⁷. Les Règles ne spécifient pas les responsabilités se rattachant à ces charges. Sans une répartition claire des responsabilités, les transporteurs hésiteront sans aucun doute à assumer des tâches d'une telle ampleur".

78. Des doutes ont été exprimés sur le point de savoir si la clef confidentielle peut légalement faire office de connaissement cessible : "L'acheteur, en acceptant le message de réception, obtient des droits sur les marchandises et devient le nouveau porteur. Le transporteur attribue une nouvelle clef confidentielle à l'acheteur en considérant que ce dernier a accepté un message de réception authentique. Si un message de réception frauduleux est envoyé, l'acheteur peut avoir 'accepté des droits inexistant'. Ainsi, 'les droits conférés par la clef confidentielle ... dépendent non seulement de la légitimité de l'acquisition de la clef confidentielle, mais aussi de la validité du texte du message de réception du transporteur'. Il est douteux qu'une telle difficulté puisse être surmontée par une disposition aux termes de laquelle le message de réception et la clef confidentielle constitueraient un connaissement négociable, car 'en règle générale, la création de titre de propriété négociable est une prérogative du pouvoir législatif'³⁸.

3. Le projet BOLERO

79. Le projet pilote BOLERO (*Bill of Lading for Europe*) a été financé en partie par l'Union européenne, dans le cadre du programme Infosec (DGXIII), et en partie par des partenaires commerciaux. Il représente l'une des dernières tentatives "de reproduire électroniquement le connaissement négociable au moyen de mesures de sécurité électronique complexes". Selon les auteurs du projet, "En traitant tous les documents commerciaux additionnels, BOLERO offre au secteur des transports la possibilité de disposer de systèmes entièrement sans documents papier, ce qui permet de réaliser des économies et d'améliorer les services offerts aux clients". Le projet pilote a été lancé en avril 1994. Il englobait huit chaînes commerciales de l'Europe et des États-Unis et de Hong-kong, pour un total de 26 usagers pilotes, et a fonctionné à titre expérimental de juillet à septembre 1995. L'objectif du projet était de vérifier "les aspects techniques et juridiques et la sécurité du connaissement sous forme électronique".

80. Le projet pilote BOLERO se fonde sur des normes internationales telles que la norme de télécommunication X.400, la norme X.500 et les messages EDIFACT, ainsi que sur les Règles du CMI relatives aux connaissements électroniques. Il fait appel à un système de stockage et d'expédition de messages, les utilisateurs communiquant entre eux par le biais d'un registre central au moyen de messages EDI standard. Le registre central détient un enregistrement de chaque expédition, qui est mis à jour lorsque des instructions protégées sont reçues des titulaires de droits sur les marchandises. Bref, on peut dire que le projet BOLERO combine les procédures établies par les Règles du CMI et un registre central, la fonction d'enregistrement étant confiée à un opérateur indépendant, au lieu de l'être au transporteur.

81. Les utilisateurs potentiels du système BOLERO, notamment les exportateurs, importateurs, compagnies de transports, transitaires et banques, ont constitué une Association des utilisateurs de BOLERO, qui se veut un cadre permanent pour le développement de BOLERO. L'Association a fait part de son intention de faire de ce projet un projet pilote commercial et, en cas de succès, de le mettre effectivement en œuvre sur le plan commercial. On notera que l'Association constitue un système clos, au sein duquel tous les utilisateurs conviennent de mener leurs opérations sur la base d'un cadre contractuel unique. Ce cadre contractuel, qui "complète la structure offerte par la législation internationale des transports" est présenté dans un règlement qui

³⁷Voir Yiannopoulos, "General Report...", p. 29.

³⁸*Ibid.*

fait partie intégrante des statuts de l'Association et est contraignant pour tous les membres négociant au moyen du système BOLERO.

III. AJOUTS POSSIBLES A LA LOI TYPE DE LA CNUDCI

A. Groupe d'experts commun CMI-CNUDCI

82. Conformément au mandat que lui a donné la Commission, le secrétariat a convoqué un groupe spécial d'experts commun CMI-CNUDCI (ci-après dénommé "le groupe d'experts"). L'objet de la réunion était essentiellement de permettre un échange de vues préliminaire afin d'aider le Groupe de travail dans ses débats sur la forme et la teneur des travaux futurs possibles de la CNUDCI ayant pour objet d'aplanir les obstacles juridiques à l'utilisation des équivalents électroniques du connaissance. Le groupe d'experts s'est réuni à Londres les 4 et 5 décembre 1995.

1. Portée éventuelle des travaux futurs

83. Le mandat donné au Groupe de travail consistait à traiter des questions de la négociabilité et de la cessibilité des documents de transport EDI, l'accent étant mis en particulier sur les documents de transport maritime EDI. Il fallait en premier lieu déterminer si l'étude à établir traiterait exclusivement des questions liées aux connaissances cessibles ou si elle devrait également traiter des documents de transport non négociables, tels que les "*straight bills*" et les lettres de transport maritime. Le groupe d'experts a tenu compte de la tendance actuelle dans de nombreux pays, parmi les auteurs et les réformateurs juridiques, à promouvoir l'utilisation de documents de transport non négociables dans le commerce, plutôt que de traiter directement des questions de la cessibilité des droits dans un contexte électronique. Il a été souligné que les documents de transport non négociables pouvaient être adaptés à un environnement électronique plus facilement que les connaissances cessibles. Il a été jugé que la CNUDCI devrait axer ses travaux à ce stade sur les connaissances cessibles, ce qui permettrait également de trouver des solutions pour la transposition d'autres documents de transport dans un environnement électronique. Il a également été jugé que les travaux sur les connaissances donneraient la possibilité d'étudier si les principes généraux élaborés pour les connaissances électroniques pourraient être étendus aux autres instruments cessibles ou négociables.

84. Lorsque l'on a jeté des bases des travaux futurs dans le domaine des connaissances, on avait à l'esprit que le projet de législation ou de principes généraux à élaborer devait être conforme au projet de Loi type de la CNUDCI sur certains aspects juridiques de l'échange de données informatisées et des moyens connexes de communication ("la Loi type") et que les travaux futurs sur les solutions de remplacement des connaissances devraient, si possible, prendre la forme de dispositions additionnelles de la Loi type.

85. On a également étudié si l'objet des travaux futurs dans le domaine des connaissances était de permettre la mise en place de systèmes fermés, dans lesquels les utilisateurs conviendraient par contrat d'un substitut acceptable des connaissances dans un contexte électronique, ou s'il était possible d'envisager l'instauration d'un cadre législatif dans lequel les fonctions traditionnellement remplies par les connaissances papier pourraient être à la disposition de tous les utilisateurs de l'EDI, même en l'absence d'un cadre contractuel particulier. Il a été dans l'ensemble convenu que les deux approches devraient, si possible, être retenues simultanément.

86. Le groupe d'experts a noté que les travaux sur les problèmes liés aux communications électroniques et aux connaissances devraient se dérouler en trois étapes. Premièrement, il fallait supprimer tout obstacle juridique actuel à l'utilisation des communications électroniques. A cette fin, il fallait modifier les lois ou règlements existants (qui avaient été conçus pour le papier), afin qu'ils puissent s'appliquer de la même manière aux opérations électroniques et aux opérations sur papier. A ce propos, il a été noté que nombre des obstacles juridiques actuels pourraient être aplanis par l'adoption des règles générales énoncées dans la Loi type. Toutefois, il a été convenu que, vu le caractère particulier des connaissances, il était nécessaire de les traiter à part. Deuxièmement, il fallait inventer des systèmes qui permettent d'exécuter des opérations commerciales en recourant à des moyens électroniques de communication. Pour ce faire, on pouvait mettre en place un système d'enregistrement, dans lequel les opérations seraient enregistrées et gérées par un service central, ou au moyen d'un mécanisme technique fondé sur la cryptographie. Soit le système d'enregistrement, soit le mécanisme devraient offrir une garantie raisonnable quant à l'unicité et à l'authenticité des données transmises,

dans le cas d'opérations qui seraient fondées sur l'utilisation de documents cessibles ou quasi négociables pour transférer des droits réputés exclusifs. Troisièmement, il fallait offrir aux utilisateurs potentiels de ces systèmes des solutions qui soient suffisamment attrayantes, du point de vue du coût et de la sécurité, pour qu'une masse critique d'opérateurs commerciaux commence à les utiliser. Alors que la deuxième et la troisième étape intéressaient essentiellement les utilisateurs potentiels et leurs experts commerciaux et techniques, les modifications des lois prévues durant la première étape ne pouvaient résulter que d'une action des législateurs.

87. Il a été convenu que les problèmes liés à l'utilisation des connaissances dans un environnement électronique tenaient aux dispositions énoncées dans la plupart des lois nationales sur le modèle de l'article 14-1 des Règles de Hambourg en vertu duquel "le transporteur doit, sur demande du chargeur, émettre un connaissance". Lorsqu'on a étudié comment cette obligation pourrait être remplie par l'émission d'un ou plusieurs messages de données, on a envisagé la possibilité d'élargir la définition du "connaissance" aux transmissions électroniques, de la même manière que l'article 14-3 des Règles de Hambourg avait élargi la définition de la "signature". Il a été rappelé que ces questions avaient été étudiées par le Groupe de travail lors de l'élaboration de la Loi type et qu'il avait été jugé qu'une approche fondée sur une telle extension des notions se rattachant aux documents sur papier était en général inappropriée. Toute tentative d'introduire des notions telles que "connaissance électronique" ou "document électronique" serait vouée à l'échec, car les notions de "connaissance" et de "document" étaient ancrées dans la pratique des documents papier et qu'il n'y avait aucun véritable équivalent dans un environnement électronique. Par exemple, il a été déclaré que le sens ordinaire du mot "document" n'englobait certainement pas une série dématérialisée d'impulsions électroniques. Si les messages sur papier et les messages de données constituaient un moyen pouvant être utilisé pour transmettre des informations, leurs caractéristiques étaient très différentes. Souvent, l'utilisation d'un document unique supposait un processus complexe. Par exemple, la remise d'un connaissance endossé constituait un acte de communication. Le même processus dans un contexte EDI supposerait de multiples échanges de messages. En vertu des Règles du CMI, la "remise" supposerait au moins deux et jusqu'à six actes de communication, dont aucun à lui seul ne constituerait une réplique de la remise d'un connaissance papier, alors que l'ensemble de ces actes, lorsqu'ils seraient effectués, produiraient les mêmes résultats que la remise du connaissance papier (et en constitueraient donc un équivalent fonctionnel).

88. Ayant tranché en faveur d'une approche fonctionnelle, le groupe d'experts a procédé à un examen des actes effectués dans le cas des connaissances traditionnels (par exemple, "émission", "signature", "détention", "endossement", "remise" et "présentation finale"), afin de déterminer comment obtenir des effets équivalents dans un environnement électronique. L'émission d'un connaissance signé attestait la réception des marchandises et la promesse faite exclusivement par le transporteur au chargeur en vertu du contrat de transport de transporter des marchandises et de les livrer au destinataire (dans le cas d'un connaissance à personne dénommée), au dernier endossataire d'un connaissance cessible, ou à toute personne présentant le connaissance, si ce dernier a été endossé en blanc. Détenir un connaissance revenait à prouver que l'on avait des droits et obligations exclusifs en vertu du contrat de transport sur les marchandises, c'est-à-dire le droit de demander la livraison des marchandises, le droit d'agir contre le transporteur et des obligations envers le transporteur pour ce qui est du fret, des surestaries ou de l'entreposage, comme indiqué sur le connaissance. En endossant et en remettant un connaissance, on renonçait aux droits exclusifs découlant du connaissance en vertu du contrat de transport et on les transférait irrévocablement et exclusivement à l'endossataire. La présentation du connaissance revenait à exercer le droit exclusif du porteur de réclamer les marchandises.

89. Le groupe d'experts a jugé que les fonctions du connaissance dans le cadre du contrat de transport pouvaient être remplies dans un environnement électronique (voir ci-après, par. 91 à 94). Pour ce qui est des effets du régime juridique des connaissances traditionnels dans le contrat de vente, il a été rappelé qu'il n'y avait pas de convention internationale traitant du transfert de la propriété des marchandises en transit. S'il a été jugé dans l'ensemble que des travaux dans ce domaine seraient sans doute souhaitables, on a estimé qu'il ne faudrait pas tenter de traiter de questions aussi complexes dans le contexte de l'équivalent fonctionnel du connaissance.

90. Il a toutefois été convenu que, lorsque l'on établirait un équivalent fonctionnel d'un titre de propriété, une attention particulière devrait être portée à la préservation des fonctions remplies par un tel titre aux fins du contrat de vente. Dans certains systèmes juridiques, en vertu de la doctrine de la relativité des contrats, le destinataire ne pourrait poursuivre le transporteur, à moins d'être considéré comme partie au contrat de transport. La possession d'un connaissance constituait un moyen traditionnel de surmonter cet obstacle car elle donnait

au destinataire le droit de réclamer les marchandises indépendamment du chargeur (ou "un droit d'agir directement"). En outre, sans connaissance, le vendeur ne pourrait sans doute pas satisfaire à la condition énoncée à l'article 58 de la Convention des Nations Unies sur les ventes, et dans les lois nationales correspondantes, selon laquelle l'obligation qu'a l'acheteur de payer le prix des marchandises est subordonnée à la remise à cet acheteur d'un document représentatif des marchandises.

2. *Equivalent fonctionnel du connaissance traditionnel*

a) *Les deux premières fonctions : accusé de réception des marchandises et constatation du contrat de transport*

91. Lors de son débat préliminaire sur la question, le Groupe de travail a conclu que les deux premières fonctions pouvaient aisément être remplies par l'EDI (voir ci-dessus, par. 5). Toutefois, pour ce qui est des conditions générales et autres dispositions du contrat de transport, il a été noté que la question de l'incorporation par référence exigerait sans doute un examen plus approfondi.

b) *Troisième fonction : titre représentatif des marchandises*

92. Il a été jugé que la question essentielle consistait à établir l'identité du porteur exclusif, ou le caractère unique du message sur lequel devait se fonder le transporteur pour livrer les marchandises. La solution consistait, semble-t-il, à recourir soit à telle ou telle forme de registre, soit à un autre type de mécanisme de sécurité. Le recours à un registre semblait certes prometteur, car cette solution avait été retenue dans toutes tentatives précédentes de créer un connaissance électronique, mais il a été rappelé que ces tentatives n'avaient pas jusqu'ici atteint leur but. Des questions telles que l'identité du service d'enregistrement et la possibilité technique de mettre en place un système mondial d'enregistrement devraient sans doute être examinées plus avant par le Groupe de travail.

93. L'utilisation éventuelle d'autres mécanismes de sécurité pouvait également poser divers problèmes. Un tel système supposerait sans doute le recours à la cryptographie et à d'autres procédés. Lorsque ces questions ont été examinées lors de l'élaboration de la Loi type et de la Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux, il a été convenu que les règles juridiques sur la question de l'échange de données informatisées devaient être "neutres quant au moyen de communication", c'est-à-dire qu'elles devaient éviter de promouvoir tel ou tel mécanisme de sécurité, afin de ne pas être trop étroitement associées à une technique donnée à un moment donné. C'est intentionnellement que l'on a utilisé des mots tels que "méthode d'authentification commercialement raisonnable" ou "appropriée". Si cette "neutralité" semble justifiée pour des règles générales sur l'EDI, on a douté que des travaux utiles puissent être entrepris dans le domaine du connaissance sans qu'il soit fait référence de manière suffisamment détaillée à des moyens techniques par lesquels l'"originalité" ou l'"unicité" d'un connaissance électronique serait garantie.

94. Une crainte avait été exprimée durant le débat préliminaire au sein du Groupe de travail : "on ne pouvait exclure la possibilité que le message soit multiplié frauduleusement ou par erreur". Toutefois, le groupe d'experts a jugé dans l'ensemble que les conditions applicables aux connaissances électroniques ne seraient pas nécessairement plus strictes que les conditions actuellement imposées pour les connaissances papier. A ce propos, il a été rappelé que l'on ne pouvait pas exclure non plus la "possibilité" qu'un connaissance papier "soit frauduleusement multiplié".

B. Ajout proposé de dispositions additionnelles dans la Loi type

95. Après un débat, le groupe spécial d'experts CMI-CNUDCI a proposé la disposition suivante pour examen par le Groupe de travail :

"Projet d'article 'x'. *Contrats de transport faisant intervenir des messages de données*

1. Le présent article s'applique à l'un quelconque des actes ci-après entrepris à propos d'un contrat de transport ou en application de ce contrat :

- a)
 - i) indication des marques, du nombre, de la quantité ou du poids des marchandises;
 - ii) déclaration de la nature ou de la valeur des marchandises;
 - iii) émission d'un reçu des marchandises;
 - iv) confirmation que les marchandises ont été chargées;
- b)
 - i) notification à une personne des conditions du contrat;
 - ii) communication d'instructions à un transporteur;
- c)
 - i) demande de livraison des marchandises;
 - ii) autorisation donnée pour la remise des marchandises;
 - iii) notification de la perte ou de l'endommagement des marchandises;
- d) Communication de toute autre notification dans le cadre de l'exécution du contrat;
- e) Engagement, irrévocable ou non, à livrer les marchandises à une personne désignée ou à une personne autorisée à demander la livraison;
- f) Octroi, acquisition, remise, transfert ou négociation des droits sur les marchandises ou renonciation à ces droits;
- g) Acquisition ou transfert de droits [, y compris les droits d'agir directement,] et obligations en vertu du contrat.

2. Lorsqu'une règle de droit exige, à propos de tout acte mentionné au paragraphe 1, qu'une information soit par écrit ou soit présentée par écrit ou sur un document papier, afin qu'une personne puisse acquérir une obligation ou s'en acquitter ou acquérir ou exercer un droit à propos d'un contrat de transport ou dans son exécution, ou prévoit certaines conséquences si l'information n'est pas par écrit, cette exigence est satisfaite si l'information figure dans un ou plusieurs messages de données.

3. Si l'un quelconque des actes énumérés au paragraphe 1 a pour objet de faire en sorte qu'un droit ou obligation devienne exclusivement celui d'une personne donnée et si une règle de droit exige, afin de donner effet à cette intention, que les informations relatives au droit ou à l'obligation doivent être communiquées à ladite personne par écrit ou sur un document papier, cette exigence est satisfaite si la communication de l'information se fonde sur l'utilisation d'un ou plusieurs messages de données, à condition que soit également utilisée une méthode permettant de garantir de manière fiable que le droit ou l'obligation incombe à la personne visée et à aucune autre personne.

4. Si une question est soulevée quant au point de savoir si les conditions énoncées au paragraphe 3 du présent article ont été satisfaites, la norme de fiabilité requise doit être appréciée compte tenu de la fin pour laquelle la communication a été faite et de toutes les circonstances, y compris toute convention entre les parties.

[5. Lorsqu'une règle de droit exige que des informations relatives à un contrat de transport soient conservées, communiquées, reçues ou traitées de toute autre manière, cette exigence est satisfaite pour la mise en œuvre d'un registre ou d'une base de données [par une des parties au contrat de transport ou par un tiers].]

6. Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas dans les situations suivantes : [...]."

C. Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur certains aspects juridiques de l'échange de données informatisées (EDI) et des moyens connexes de communication : rapport du Secrétaire général (A/CN.9/426) [original : anglais]

1. Comme suite à une décision prise par la Commission à sa vingt-cinquième session¹ (1992), le Groupe de travail sur les échanges de données informatisées a consacré ses vingt-cinquième à vingt-huitième sessions à l'élaboration du projet de Loi type de la CNUDCI sur certains aspects juridiques de l'échange de données informatisées et des moyens connexes de communication (ci-après dénommé "la Loi type"). Les rapports de ces sessions ont été publiés sous les cotes A/CN.9/373, 387, 390 et 406. Alors qu'il élaborait le projet de Loi type, le Groupe de travail a noté qu'il serait utile de fournir, dans un commentaire, des renseignements supplémentaires concernant la Loi type. A sa vingt-huitième session en particulier, au cours de laquelle le texte du projet de Loi type a été définitivement mis au point en vue d'être soumis à la Commission, on a souscrit en général à l'idée que le projet de Loi type soit accompagné d'un guide pour aider les États à adopter et appliquer le projet de Loi type. Le Guide, qui pourrait être établi en grande partie sur la base des travaux préparatoires consacrés au projet de Loi type, serait utile tant pour les utilisateurs que pour les spécialistes de l'EDI. Le Groupe de travail a noté que, durant les débats de cette session, il avait présumé que le projet de Loi type serait accompagné d'un guide. Le Groupe de travail avait décidé, par exemple, de ne pas régler un certain nombre de points dans le projet de Loi type, mais de s'y référer dans le Guide, afin d'aider les États adoptant la Loi type. S'agissant du délai et de la méthode de préparation du Guide, le Groupe de travail a estimé que le secrétariat devrait préparer un projet et le soumettre au Groupe de travail pour qu'il l'examine à sa vingt-neuvième session (A/CN.9/406, par. 177).
2. À sa vingt-neuvième session, le Groupe de travail a examiné le projet de Guide pour l'incorporation de la Loi type (ci-après dénommé "projet de Guide") tel qu'il était présenté dans une note établie par le secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.64) et a prié le secrétariat d'élaborer une version révisée du projet de Guide qui tienne compte des décisions du Groupe de travail, ainsi que des diverses opinions, suggestions et préoccupations exprimées au cours de cette session. Le rapport de la session a été publié sous la cote A/CN.9/407.
3. À sa vingt-huitième session (1995), la Commission a adopté le texte des articles premier et 3 à 11 du projet de Loi type. Après avoir conclu son débat sur le projet d'article 11, la Commission a noté qu'elle n'avait pas achevé l'examen du projet de Loi type et a décidé d'inscrire le projet de Loi type, ainsi que le projet de Guide à l'ordre du jour de sa vingt-neuvième session. Il a été convenu que le débat reprendrait à cette session de la Commission, afin qu'il soit possible, à cette session, de mettre au point le texte de la Loi type et d'adopter le Guide.
4. On trouvera en annexe à la présente note le texte révisé du projet de Guide élaboré par le secrétariat.

Annexe

TEXTE RÉVISÉ DU PROJET DE GUIDE POUR L'INCORPORATION DE LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR CERTAINS ASPECTS JURIDIQUES DE L'ÉCHANGE DE DONNÉES INFORMATISÉES (EDI) ET DES MOYENS CONNEXES DE COMMUNICATION**

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
HISTORIQUE ET ORIGINE DE LA LOI TYPE	1 - 21
I. PRÉSENTATION DE LA LOI TYPE	22 - 38

¹Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-septième session, Supplément n° 10 (A/47/17), par. 140 à 148.

** Le projet de Guide se fonde sur le texte du projet de Loi type adopté par la Commission à sa vingt-huitième session (articles premier et 3 à 11) et sur le texte établi par le Groupe de travail à l'achèvement de sa vingt-huitième session (projets d'articles 2 et 12 à 14). Une fois que la Commission aura achevé son examen de la Loi type et l'aura adoptée, le secrétariat compte mettre au point la version définitive du Guide, compte tenu des délibérations et décisions de la Commission. Dans l'intérêt du lecteur, il serait préférable que le texte de la Loi type soit joint au Guide. Cela n'a pas été fait dans le présent document, car la Commission dispose du texte du projet de Loi type qui figure dans le rapport de la Commission sur les travaux de sa vingt-huitième session (*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 17 (A/50/17), annexe II*).

A.	Objectifs	22 - 24
B.	Champ d'application	25 - 27
C.	Une loi "cadre" à compléter par des règles techniques	28 - 29
D.	Approches fondées sur l'"équivalent fonctionnel"	30 - 33
E.	Règles par défaut et dispositions impératives	34 - 36
F.	Assistance du secrétariat de la CNUDCI	37 - 38
II.	OBSERVATIONS ARTICLE PAR ARTICLE	39 - 11
	CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GÉNÉRALES	39 - 55
	Article premier. Champ d'application	39 - 44
	Article 2. Définitions	45 - 52
	Article 3. Interprétation	53 - 55
	CHAPITRE II. APPLICATION DES EXIGENCES LÉGALES AUX MESSAGES DE DONNÉES	56 - 85
	Article 4. Reconnaissance juridique des messages de données	56
	Article 5. Écrit	57 - 62
	Article 6. Signature	63 - 71
	Article 7. Original	72 - 79
	Article 8. Admissibilité et force probante d'un message de données	80 - 81
	Article 9. Conservation des messages de données	82 - 85
	CHAPITRE III. COMMUNICATION DE MESSAGES DE DONNÉES	86 - 113
	Article 10. Dérogation conventionnelle	86 - 87
	Article 11. Attribution des messages de données	88 - 97
	Article 12. Accusé de réception	98 - 101
	Article 13. Formation et validité des contrats	102 - 105
	Article 14. Moment et lieu de l'expédition et de la réception d'un message de données	106 - 113

HISTORIQUE ET ORIGINE DE LA LOI TYPE

1. La Loi type de la CNUDCI sur certains aspects juridiques de l'échange de données informatisées (EDI) et des moyens connexes de communication (ci-après dénommée "la Loi type") a été adoptée par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) en 1996, dans l'exercice de son mandat qui est de promouvoir l'harmonisation et l'unification du droit commercial international, de manière à supprimer les obstacles aux échanges internationaux 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 (Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises, Convention de 1978 sur le transport de marchandises par mer ("Règles de Hambourg"), Convention sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international, et enfin Convention sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux), des lois types (lois types de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, sur les virements internationaux et sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services), le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, le Règlement de conciliation de la CNUDCI, et enfin des guides juridiques (sur les contrats de construction, les opérations d'échanges compensés et les transferts électroniques de fonds).

2. La Loi type a été élaborée pour répondre à une transformation profonde des moyens de communication entre des parties utilisant des techniques informatisées ou d'autres techniques modernes pour conclure des affaires (parfois désignées sous le nom de "partenaires commerciaux"). Cette Loi type a pour objet de servir de modèle aux pays pour l'évaluation et la modernisation de certains aspects de leur législation et de leurs pratiques en matière de communications comportant l'emploi d'ordinateurs ou d'autres techniques modernes et pour

l'adoption d'une législation pertinente lorsqu'elle fait défaut. Le texte de la Loi type figure à l'annexe I du rapport de la CNUDCI sur les travaux de sa vingt-neuvième session¹.

3. A sa dix-septième session, en 1984, la Commission a examiné un rapport du Secrétaire général intitulé "Aspects juridiques du traitement automatique des données" (A/CN.9/254), consacré à plusieurs questions juridiques (valeur juridique des documents d'ordinateur, exigence de l'écrit, authentification, conditions générales, responsabilité et connaissances). La Commission a pris note d'un rapport du Groupe de travail sur la facilitation des procédures du commerce international (WP.4), placé sous l'égide conjointe de la Commission économique pour l'Europe et de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement et qui a mis au point les messages types ONU/EDIFACT. D'après ce rapport, les problèmes en cause touchant principalement le droit commercial international, la Commission, en tant que principal organe chargé des questions de droit commercial international, semblait être l'instance désignée pour mettre au point et coordonner les mesures à prendre². La Commission a décidé d'inscrire la question des incidences juridiques du traitement automatique des données sur les courants d'échanges internationaux à son programme de travail à titre prioritaire³.

4. A sa dix-huitième session, en 1985, la Commission était saisie d'un rapport du secrétariat intitulé "Valeur juridique des enregistrements informatiques" (A/CN.9/265). Ce rapport concluait qu'à l'échelon mondial, l'utilisation de données informatiques comme élément de preuve devant les tribunaux posait moins de problèmes qu'on aurait pu le penser. Il indiquait que le fait que les documents devaient être signés, ou devaient être sur papier, constituait un obstacle juridique plus sérieux à l'utilisation des ordinateurs et des télécommunications d'ordinateur à ordinateur dans le commerce international. Après avoir examiné ce rapport, la Commission a adopté la recommandation suivante, qui énonce certains des principes sur lesquels la Loi type est fondée :

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

Notant que l'utilisation du traitement automatique de l'information (TAI) est sur le point de devenir bien établie dans le monde dans de nombreux aspects du commerce national et international, ainsi que dans les services administratifs,

Notant aussi que les règles juridiques fondées sur des moyens de documenter le commerce international axés sur le papier et antérieurs au TAI risquent de faire obstacle à l'utilisation du TAI dans la mesure où elles induisent une insécurité juridique ou empêchent l'utilisation rationnelle du TAI lorsque celle-ci est néanmoins justifiée,

Notant en outre avec satisfaction les efforts déployés par le Conseil de l'Europe, le Conseil de coopération douanière et la Commission économique pour l'Europe de l'Organisation des Nations Unies en vue de surmonter les obstacles à l'utilisation du TAI dans le commerce international résultant de ces règles juridiques,

Considérant en même temps qu'il n'est pas nécessaire d'unifier les règles de la preuve en ce qui concerne l'utilisation des enregistrements informatiques dans le commerce international, l'expérience montrant que des différences marquées entre les règles de la preuve applicables au système de documentation sur papier n'ont jusqu'à présent eu aucun effet néfaste perceptible sur le développement du commerce international,

Considérant en outre que les progrès enregistrés dans l'utilisation du TAI rendent souhaitable, dans un certain nombre de systèmes juridiques, l'adaptation des règles juridiques existantes, compte dûment

¹Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 17 (A/51/17).

²"Aspects juridiques de l'échange automatique de données commerciales" (TRADE/WP.4/R.185/Rev.1). Le rapport présenté au Groupe de travail figure à l'annexe du document A/CN.9/238.

³Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-neuvième session, Supplément n° 17 (A/39/17), par. 136.

tenu, cependant, de la nécessité d'encourager l'emploi de techniques de TAI garantissant une fiabilité identique ou supérieure à celle de la documentation sur papier,

1. *Recommande* aux gouvernements :

a) De réexaminer les règles juridiques touchant l'utilisation des enregistrements informatiques comme moyens de preuve en justice afin d'éliminer les obstacles superflus à leur recevabilité, de s'assurer que ces règles sont compatibles avec les progrès techniques et de donner aux tribunaux les moyens leur permettant d'apprécier la fiabilité des données contenues dans ces enregistrements;

b) De réexaminer les règles juridiques en vertu desquelles certaines transactions commerciales ou certains documents ayant trait au commerce doivent être sous forme écrite, que cette forme écrite soit ou non une condition requise pour que la transaction ou le document soit valide ou s'impose aux parties, afin de faire en sorte que, le cas échéant, la transaction ou le document puisse être enregistré et transmis sur support informatique;

c) De réexaminer l'exigence légale d'une signature manuscrite ou de toute autre méthode d'authentification sur papier pour les documents commerciaux afin de permettre, le cas échéant, l'utilisation de moyens électroniques d'authentification;

d) De réexaminer les règles juridiques selon lesquelles les documents à soumettre à l'administration doivent être présentés par écrit et doivent porter une signature manuscrite en vue d'autoriser, le cas échéant, leur présentation sur support informatique aux services administratifs qui ont acquis les équipements nécessaires et mis en place les procédures requises;

2. *Recommande* aux organisations internationales chargées d'élaborer des textes juridiques sur le commerce de tenir compte de la présente recommandation dans leurs travaux et, le cas échéant, d'envisager de modifier les textes juridiques en vigueur conformément à la présente recommandation.⁴

5. Cette recommandation (ci-après dénommée "Recommandation de la CNUDCI de 1985") a été approuvée par l'Assemblée générale au paragraphe 5 b) de sa résolution 40/71, en date du 11 décembre 1985, dans les termes suivants :

"L'Assemblée générale,

... Demande aux gouvernements et aux organisations internationales de prendre des mesures, selon qu'il conviendra, conformément à la recommandation de la Commission, afin d'assurer la sécurité juridique dans le contexte de l'utilisation la plus large possible du traitement automatique de l'information dans le commerce international; ...⁵"

6. Comme il a été noté dans plusieurs documents et lors de diverses réunions internationales concernant l'EDI (celles du WP.4, par exemple), on considère dans l'ensemble que, malgré les percées que représente la Recommandation de 1985 de la CNUDCI, peu de progrès ont été faits sur la voie de la suppression des conditions impératives des législations nationales relatives à l'écrit et à la signature manuscrite. Le Comité norvégien des procédures commerciales (NORPRO) a avancé, dans une lettre au secrétariat, que cela pourrait être dû au fait que la Recommandation de la CNUDCI indiquait qu'il était nécessaire de mettre à jour les lois nationales, mais ne précisait pas comment procéder à cette mise à jour. A ce propos, la Commission s'est penchée sur la suite qu'elle pourrait donner à sa Recommandation de 1985 afin de promouvoir la modernisation législative souhaitée. La décision de la CNUDCI de formuler une législation type sur les aspects juridiques de l'échange de données informatisées et des moyens connexes de communication peut être considérée comme

⁴*Documents officiels de l'Assemblée générale, quarantième session, Supplément n° 17 (A/40.17), par. 360.*

⁵Le texte de la résolution 40/71 figure dans l'*Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, vol. XVI : 1985 (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.87.V.4), première partie, D.

découlant du processus qui avait conduit à l'adoption de la Recommandation de la CNUDCI de 1985 par la Commission.

7. A sa vingt et unième session, en 1988, la Commission s'est penchée sur la proposition tendant à ce que soit examinée la possibilité d'élaborer des principes juridiques applicables à la formation de contrats commerciaux internationaux par des moyens électroniques. Il a été noté qu'il n'existait actuellement aucun régime juridique adéquat réglementant cette importante pratique, de plus en plus répandue, et que des travaux dans ce domaine permettraient de combler des lacunes juridiques et de réduire les incertitudes et difficultés rencontrées dans la pratique. La Commission a prié le secrétariat d'établir une étude préliminaire sur la question⁶.

8. A sa vingt-troisième session, en 1990, la Commission était saisie d'un rapport intitulé "Étude préliminaire des problèmes juridiques liés à la formation des contrats par des moyens électroniques" (A/CN.9/333). Y étaient résumés les travaux entrepris au sein des Communautés européennes et aux États-Unis d'Amérique sur l'exigence d'un "écrit", ainsi que sur d'autres problèmes liés à la formation des contrats par des moyens électroniques. Les efforts faits pour régler certains de ces problèmes au moyen d'accords types de communication y étaient aussi examinés⁷.

9. A sa vingt-quatrième session, en 1991, la Commission était saisie d'un rapport intitulé "Échange de données informatisées" (A/CN.9/350). Y étaient décrites les activités en cours des diverses organisations s'intéressant aux aspects juridiques de l'échange de données informatisées (EDI) et y étaient analysés plusieurs accords types d'échange de données déjà élaborés ou en cours d'élaboration. Il y était noté que ces documents variaient considérablement selon les besoins des catégories d'utilisateurs visés et que cette diversité avait parfois été considérée comme un obstacle à l'élaboration d'un cadre juridique satisfaisant pour l'utilisation commerciale de l'EDI. Il apparaissait qu'il serait peut-être nécessaire de définir un cadre général permettant d'inventorier les différents problèmes et de présenter un ensemble de principes juridiques et de règles juridiques fondamentales régissant les communications par EDI. Il était noté, en conclusion, qu'il serait possible, dans une certaine mesure, de constituer un tel cadre au moyen d'arrangements contractuels entre les parties à une relation EDI et que les cadres contractuels actuellement proposés aux usagers de l'EDI étaient souvent incomplets, incompatibles entre eux et inappropriés au plan international, car ils se fondaient dans une large mesure sur les structures de la législation locale.

10. Afin d'assurer une harmonisation des règles fondamentales relatives à l'EDI, de manière à promouvoir l'EDI dans le commerce international, la Commission voudrait peut-être, était-il proposé, étudier s'il serait bon d'élaborer un accord type de communication pour le commerce international. Dans l'affirmative, les travaux de la Commission revêtiraient alors une importance particulière, notait-on, car tous les systèmes juridiques y participeraient, y compris ceux des pays en développement, qui connaissaient déjà ou connaîtraient bientôt les problèmes que posait l'EDI.

11. La Commission est convenue que les aspects juridiques de l'EDI prendraient une importance croissante avec le développement de ce type d'échange et qu'elle devrait entreprendre des travaux dans ce domaine. La suggestion selon laquelle la Commission devrait s'attacher à élaborer un ensemble de principes juridiques et de règles juridiques de base régissant les communications EDI a suscité une large adhésion⁸. La Commission a conclu qu'il serait prématuré d'entreprendre dans l'immédiat d'élaborer un accord de communication type et a jugé qu'il serait préférable de suivre ce qui se passait dans d'autres organisations, notamment à la Commission des Communautés européennes et à la Commission économique pour l'Europe. On a fait observer que, du fait des échanges électroniques à grande vitesse, il faudrait réexaminer des questions contractuelles fondamentales

⁶*Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-troisième session, Supplément n° 17 (A/43/17), par. 46 et 47, et ibid., quarante-quatrième session, Supplément n° 17 (A/44/17), par. 289.*

⁷*Ibid., quarante-cinquième session, Supplément n° 17 (A/45/17), par. 38 à 40.*

⁸On notera que la Loi type n'a pas pour objet de dénoncer un ensemble complet de règles régissant tous les aspects des communications EDI, mais plutôt d'adapter les exigences légales actuelles afin qu'elles ne constituent plus un obstacle à l'utilisation de l'EDI et des moyens connexes de communication.

telles que l'offre et l'acceptation et examiner les incidences juridiques du rôle des systèmes centralisés de gestion des données en droit commercial international.

12. Après délibération, la Commission a décidé qu'une session du Groupe de travail des paiements internationaux serait consacrée à l'inventaire des problèmes juridiques qui se posaient et à l'examen de dispositions législatives éventuelles et que le Groupe de travail lui ferait rapport à sa session suivante sur l'opportunité et la faisabilité de travaux tels que l'élaboration d'un accord type de communication⁹.

13. Le Groupe de travail des paiements internationaux a recommandé à sa vingt-quatrième session que la Commission entreprenne des travaux en vue de l'élaboration de règles juridiques uniformes sur l'EDI. Il a été convenu que ces travaux devraient avoir pour objet de promouvoir l'utilisation de l'EDI et de répondre à la nécessité d'élaborer des dispositions législatives dans ce domaine, notamment sur des questions telles que la formation des contrats, les risques et la responsabilité des partenaires commerciaux et fournisseurs de services tiers dans le cadre de relations EDI; la définition élargie des termes "écrit" et "original" à utiliser dans le contexte de l'EDI; et les questions liées à la négociabilité et aux titres de propriété (A/CN.9/360, par. 129).

14. S'il a été jugé dans l'ensemble souhaitable d'atteindre le niveau élevé de certitude juridique et d'harmonisation qu'offraient les dispositions détaillées d'une loi uniforme, on a également estimé qu'il faudrait veiller à traiter avec souplesse certaines questions, pour lesquelles une action législative risquait d'être prématurée ou inappropriée. Il a été noté par exemple qu'il serait sans doute inutile de s'attacher à unifier les règles relatives à la preuve applicables au message EDI (ibid, par. 130). Il a été convenu qu'aucune décision ne devrait être prise à ce stade initial quant à la forme définitive et au contenu final des règles juridiques qui seraient élaborées. Conformément à l'approche souple recommandée, il a été noté que, dans certains cas, l'élaboration de clauses contractuelles types serait considérée comme un moyen approprié de traiter certaines questions (ibid., par. 132).

15. A sa vingt-cinquième session (1992), la Commission a fait siennes les recommandations contenues dans le rapport du Groupe de travail (ibid., par. 129 à 133) et a chargé le Groupe de travail des paiements internationaux, qu'elle a rebaptisé Groupe de travail sur l'échange des données informatisées, le soin d'élaborer des règles juridiques relatives à l'EDI¹⁰.

16. Le Groupe de travail a consacré ses vingt-cinquième à vingt-huitième sessions à l'élaboration de règles juridiques applicables à l'"EDI et moyens connexes de communication" (les rapports de ces sessions ont été publiés sous les cotes A/CN.9/373, 387, 390 et 406). La notion d'"EDI et moyens connexes de communication" ne devait pas être interprétée comme faisant référence à l'EDI dans sa définition étroite en vertu de l'article 2 *b*) de la Loi type, mais à diverses utilisations commerciales de techniques modernes de communication que l'on pourrait placer dans l'ensemble sous la rubrique du "commerce électronique". La Loi type n'est pas censée s'appliquer uniquement dans le cadre des techniques de communication existantes, mais constitue un ensemble de règles suffisamment souples pour tenir compte des progrès techniques envisageables. Il faut également souligner que la Loi type n'a pas uniquement pour objet de poser des règles applicables au flux d'informations communiquées sous forme de messages de données, mais également de traiter du stockage de l'information sous forme de messages de données qui n'ont pas vocation à être communiquées.

17. Le Groupe de travail a noté que les solutions pratiques aux difficultés juridiques que soulève l'utilisation de l'EDI ont souvent été recherchées dans le cadre contractuel (A/CN.9/WG.IV/WP.53, par. 35 et 36), mais l'approche contractuelle de l'EDI a été conçue non seulement en raison de ses avantages intrinsèques, tels que sa souplesse d'application, mais aussi faute de dispositions concrètes de la loi ou d'indications précises de la jurisprudence. Toute approche contractuelle est limitée en ceci qu'elle ne peut pas régler les obstacles juridiques à l'utilisation de l'EDI pouvant résulter de règles impératives de la loi ou de la jurisprudence. A cet égard, l'une des difficultés inhérentes à l'utilisation des accords de communication résulte de l'incertitude qui pèse sur la force qu'auraient certaines stipulations contractuelles en cas de procès. Autre limitation à l'approche contractuelle : le fait que les parties à un contrat ne peuvent pas réglementer efficacement les droits et obligations des tiers. Au

⁹*Ibid*, quarante-sixième session, Supplément n° 17 (A/46/17), par. 311 à 317.

¹⁰*Ibid.*, quarante-septième session, Supplément n° 17 (A/47/17), par. 141 à 148.

moins en ce qui concerne les parties extérieures à l'arrangement contractuel, il semble nécessaire de recourir à une loi, inspirée d'une loi modèle ou d'une convention internationale (voir A/CN.9/350, par. 107).

18. Le Groupe de travail a envisagé l'élaboration de règles uniformes ayant pour objectif d'éliminer les obstacles et les incertitudes qui s'attachent à l'utilisation des techniques modernes de communication lorsque cet objectif ne peut être atteint que par l'élaboration de règles impératives. Des règles uniformes auraient notamment pour objet de donner aux utilisateurs potentiels de l'EDI la possibilité d'instaurer une relation EDI sûre au moyen d'un accord de communication au sein d'un réseau fermé. Elles auraient aussi pour objet de fixer un cadre au développement de l'EDI en dehors d'un tel réseau, dans un environnement ouvert (par exemple "l'e.d.i. ouvert"). Il faut noter toutefois que les règles uniformes ont pour objet de permettre et non d'imposer l'utilisation de l'EDI et des moyens connexes de communication. On notera également que la Loi type n'a pas pour objet de traiter des relations EDI d'un point de vue technique, mais de créer un cadre juridique aussi sûr que possible, de manière à faciliter l'utilisation de l'EDI entre les parties.

19. S'agissant de la forme des règles uniformes, le Groupe de travail a convenu de partir de l'hypothèse de travail que les règles uniformes devraient revêtir la forme de dispositions législatives. Si l'on est convenu que le texte devait revêtir la forme d'une "loi type", on a tout d'abord pensé 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". On a fait observer que le titre devrait montrer que le texte comportait un éventail de dispositions ayant trait à des règles existantes qui, dans un État adoptant la Loi type, sont dispersées dans diverses sections des lois nationales 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 législatives types" rendrait mieux compte du caractère particulier du texte. On a aussi exprimé l'avis que la nature et l'objet des dispositions législatives types pourraient être expliqués dans une introduction ou des principes directeurs accompagnant le texte.

20. A sa vingt-huitième session toutefois, le Groupe de travail a réexaminé sa décision antérieure d'élaborer un texte juridique qui prendrait la forme de "dispositions législatives types" (A/CN.9/390, par. 16). Il a été jugé dans l'ensemble que l'utilisation des mots "dispositions législatives types" risquait d'être source d'incertitudes quant à la nature juridique de l'instrument. Si un certain appui a été exprimé pour le maintien des mots "dispositions législatives types", selon l'avis qui a largement prévalu, il faudrait leur préférer le terme "loi type". Il a été jugé dans l'ensemble que, du fait de l'orientation choisie par le Groupe de travail, maintenant que le texte était en voie d'achèvement, les dispositions législatives types pouvaient être considérées comme un ensemble équilibré et distinct de règles qui pourraient aussi être appliquées comme un tout, dans un instrument unique. Selon la situation dans chaque État, toutefois, la Loi type pourrait être incorporée de diverses manières, soit sous forme d'une loi unique, soit dans diverses sections de la législation.

21. 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 l'utiliser. La Commission a aussi tenu compte de ce que la Loi type serait probablement utilisée par des pays peu familiarisés avec le type de techniques de communication envisagées par la Loi type. Les informations présentées dans le présent Guide visent à expliquer pourquoi les dispositions de la Loi ont été retenues à titre de caractéristiques minimales essentielles d'une législation destinée à atteindre les objectifs de la Loi type. Ces informations pourront aussi aider les États à examiner, le cas échéant, les dispositions de la Loi qu'il conviendrait de modifier pour tenir compte de conditions qui leur sont propres.

I. PRÉSENTATION DE LA LOI TYPE

A. Objectifs

22. La décision prise par la CNUDCI d'élaborer une législation type sur l'EDI et les moyens connexes de communication tient au fait que, dans un certain nombre de pays, la législation régissant les communications et le stockage de l'information est inadaptée ou dépassée, car elle n'envisage pas l'utilisation de l'EDI et des moyens

connexes de communication. Dans certains cas, la législation impose directement ou indirectement des restrictions à l'utilisation des moyens modernes de communication. Si quelques pays ont adopté des dispositions particulières traitant de certains aspects de l'EDI, il n'y a pas de législation qui traite dans leur ensemble de l'EDI et des moyens connexes de communication. Cela peut être source d'incertitudes quant à la nature juridique et à la validité d'informations présentées sous une forme autre que celle de documents traditionnels sur papier. En outre, des lois et des pratiques saines sont nécessaires dans tous les pays où l'utilisation de l'EDI et de la messagerie électronique se généralise, mais ce besoin se fait aussi sentir dans de nombreux pays pour les techniques de communication telles que la télécopie et le télex.

23. De plus, la Loi type peut aider à pallier les désavantages tenant au fait qu'une législation nationale inappropriée entrave le commerce international, dont une proportion importante est liée à l'utilisation des techniques modernes de communication. Les disparités entre les régimes juridiques nationaux régissant l'utilisation de ces techniques de communication et les incertitudes qu'elles entraînent peuvent contribuer à limiter les possibilités qu'ont les entreprises d'accéder aux marchés internationaux.

24. Les objectifs de la Loi type, qui consistent notamment à permettre ou à faciliter l'utilisation de l'EDI et des moyens connexes de communication et à accorder le même traitement aux utilisateurs de la documentation sur papier et aux utilisateurs de données informatisées contribuent de manière décisive à favoriser l'économie et l'efficacité du commerce international. En incorporant dans sa législation nationale les procédures prescrites dans la Loi type pour les cas où les parties décident d'utiliser des moyens de communication électroniques, un État adopterait une approche neutre quant à la technique d'information.

B. Champ d'application

25. Le titre de la Loi type parle de l'"EDI et des moyens connexes de communication". Si une définition du terme "EDI" figure à l'article 2, la Loi type ne spécifie pas quels sont les moyens connexes de communication qui sont envisagés. Lors de l'élaboration de la Loi type, la Commission a décidé qu'en traitant la question dont elle était saisie, elle adopterait de l'EDI une conception large, couvrant toute une série d'utilisations de l'EDI liées au commerce que l'on pouvait désigner de manière générale par la formule "commerce électronique" (voir A/CN.9/360, par. 28 et 29), bien que d'autres termes descriptifs puissent également être utilisés. Au nombre des moyens de communication recouverts par la notion de "commerce électronique" figurent les moyens de transmission ci-après, qui font appel à des techniques électroniques : communication par EDI définie de manière restrictive, comme la transmission d'ordinateur à ordinateur de données commerciales selon un mode de présentation uniformisé (format standard); transmission de messages électroniques utilisant des normes publiques ou des normes exclusives; transmission par voie électronique de textes librement formatés, par exemple par Internet. On a également noté que, dans certains cas, la notion de "commerce électronique" pourrait englober l'utilisation de techniques comme le télex et la télécopie.

26. On notera que, si l'on a rédigé la Loi type en ayant en permanence à l'esprit les techniques modernes de communication, par exemple l'EDI et le courrier électronique, les principes sur lesquels elle se fonde, ainsi que ses dispositions, doivent pouvoir s'appliquer également dans le contexte des techniques de communication moins avancées telles que la télécopie. Dans certains cas, une information numérique initialement communiquée sous forme de message EDI normalisé pourrait, à un point donné de la chaîne de communications entre l'expéditeur et le destinataire, être expédiée sous la forme d'un message télex créé par ordinateur ou de la télécopie d'une sortie d'imprimante. Un message de données peut prendre d'abord la forme d'une communication orale puis celle d'une télécopie, ou commencer sous forme de télécopie et s'achever comme un message EDI. Une des caractéristiques de l'EDI et des moyens connexes de communication est qu'il s'agit de messages programmables, la programmation par ordinateur étant la différence essentielle entre ces messages et les documents traditionnels sur papier. Ces situations sont visées par la Loi type, les usagers ayant besoin d'un ensemble de règles cohérentes régissant diverses techniques de communication interchangeables. Plus généralement, il y a lieu de noter qu'en principe, aucune technique de communication n'est exclue du champ d'application de la Loi type, celle-ci devant pouvoir prendre en compte des progrès techniques éventuels.

27. Le meilleur moyen d'atteindre les objectifs de la Loi type est d'en assurer l'application la plus large possible. Ainsi, bien que la Loi type prévoit l'exclusion de certaines situations du champ d'application des

articles 5, 6, 7, 13 et 14, un État peut décider de ne pas fixer, dans sa législation, de limites importantes au champ d'application de la Loi type.

C. Une loi "cadre" à compléter par des règles techniques

28. La Loi type vise à énoncer les procédures et les principes essentiels pour faciliter l'utilisation des techniques modernes d'enregistrement et de communication d'informations dans divers types de circonstances. 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 techniques dans un État. C'est pourquoi elle suppose l'adoption par les États de règles 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.

29. On notera que les techniques d'enregistrement et de communication d'informations envisagées dans la Loi type, outre qu'elles peuvent poser des problèmes de procédure qui devront être traités dans les règles techniques d'application, peuvent 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, dont la Loi type n'est pas censée traiter.

D. Approches fondées sur l'"équivalent fonctionnel"

30. La Loi type se fonde sur l'admission du fait que les prescriptions juridiques exigeant l'utilisation d'une documentation papier traditionnelle constituent le principal obstacle au développement des moyens de communication modernes. Lors de l'élaboration de la Loi type, on a envisagé un moyen de s'affranchir des obstacles à l'utilisation de l'EDI que constituent ces prescriptions dans les législations nationales en élargissant la définition des termes "écrit", "signature" et "original" afin d'y inclure les techniques informatiques. Cette approche a été utilisée dans un certain nombre d'instruments juridiques existants, par exemple l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international et l'article 13 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises. On a fait observer que la Loi type devrait permettre aux États d'adapter leur législation en fonction des progrès techniques des communications applicables au droit commercial, sans nécessiter l'élimination totale de l'exigence de l'écrit ni toucher aux principes et approches juridiques fondant cette exigence. En même temps, le respect par les moyens électroniques de l'exigence de l'écrit pourrait, dans certains cas, nécessiter l'élaboration de nouvelles règles, et cela du fait d'une des nombreuses différences entre les documents sur papier et les messages EDI, à savoir que les premiers peuvent être lus par l'être humain tandis que les seconds ne peuvent l'être, sauf s'ils sont réduits à un support papier ou affichés sur un écran.

31. La Loi type propose donc une nouvelle approche, parfois désignée sous l'appellation "approche fondée sur l'équivalent fonctionnel", qui repose sur une analyse des objectifs et des fonctions de l'exigence traditionnelle de documents papier et vise à déterminer comment ces objectifs ou fonctions pourraient être assurés au moyen des techniques de l'EDI. Par exemple, un document papier assume notamment les fonctions suivantes : fournir un document lisible par tous; fournir un document inaltérable; permettre la reproduction d'un document de manière à ce que chaque partie ait un exemplaire du même texte; permettre l'authentification des données au moyen d'une signature; enfin, assurer que le document se présentait sous une forme acceptable par les autorités publiques et les tribunaux. Il convient de noter que pour toutes les fonctions du papier susmentionné, les enregistrements électroniques peuvent garantir le même niveau de sécurité avec, dans la plupart des cas, une plus grande fiabilité et rapidité, notamment en ce qui concerne l'identification de la source et le contenu des données, à condition qu'un certain nombre d'exigences techniques et juridiques soient respectées. Néanmoins, l'adoption de l'approche fondée sur l'équivalent fonctionnel ne devrait pas avoir pour conséquence d'imposer aux usagers de l'EDI des normes de sécurité plus strictes (avec l'augmentation des coûts qui en résulterait) que pour les supports papier.

32. Un message informatisé ne saurait en soi être considéré comme l'équivalent d'un document papier dans la mesure où il est d'une nature différente et ne remplit pas nécessairement toutes les fonctions imaginables d'un document papier. C'est pourquoi, dans la Loi type, on a adopté une norme souple en tenant compte des

différentes strates des exigences actuelles auxquelles répond un support papier : en adoptant une approche fonctionnelle, on a gardé à l'esprit la hiérarchie existante des conditions de forme, qui prévoit des niveaux distincts de fiabilité, de matérialité et d'inaltérabilité des documents écrits. Par exemple, l'exigence selon laquelle les données doivent être présentées par écrit (décrite comme l'"exigence minimum") ne doit donc pas être confondue avec des exigences plus strictes comme la production d'un "écrit signé", d'un "original signé" ou d'un "acte légal authentifié".

33. La Loi type ne vise pas à définir un équivalent informatisé de toute forme de document papier, mais plutôt à définir les fonctions essentielles des supports papier en vue de déterminer des critères qui, s'ils sont satisfaits par des messages de données, permettraient à ces messages informatisés de bénéficier du même degré de reconnaissance juridique que le document papier correspondant remplissant la même fonction. On notera également que l'approche de l'équivalent fonctionnel a été retenue aux articles 5 à 7 de la Loi type pour ce qui est des notions d'"écrit", de "signature" et d'"original" mais non pour les autres notions juridiques traitées dans cette Loi type. Par exemple, l'article 14 ne tente pas de créer un équivalent fonctionnel des exigences actuelles en matière d'archivage.

E. Règles par défaut et dispositions impératives

34. La décision d'entreprendre l'élaboration de la Loi type était fondée sur l'admission selon laquelle, dans la pratique, les solutions aux difficultés juridiques que soulève l'utilisation des moyens modernes de communication sont recherchées dans le cadre contractuel. La Loi type énonce à l'article 10 le principe de l'autonomie des parties en ce qui concerne les dispositions qui figurent au chapitre III. Le chapitre III contient un ensemble de règles, règles que l'on trouve généralement dans des accords entre parties, par exemple dans les accords d'échanges ou "règles des systèmes". On notera que la notion de "règles des systèmes" peut englober deux différentes catégories de règles, à savoir les conditions générales établies par des réseaux de communications et des règles spécifiques pouvant être insérées dans de telles conditions générales pour régir des relations bilatérales entre des initiateurs et des destinataires de messages de données. La Loi type ne traite que de la catégorie la plus étroite.

35. Les règles énoncées au chapitre III peuvent être utilisées par les parties comme point de départ pour la conclusion d'accords. Elles peuvent également servir à compléter les conditions des accords dans le cas où il y aurait des lacunes ou des omissions dans les stipulations contractuelles. En outre, ces règles pourraient être considérées comme fixant une norme minimale lorsque des messages de données sont échangés sans qu'un accord préalable ait été conclu par les parties qui entrent en communication, par exemple dans le contexte de l'"e.d.i. ouvert".

36. Les dispositions du chapitre II ont un caractère différent. L'un des principaux objectifs de la Loi type est de faciliter l'utilisation de techniques modernes de communication et de conférer à l'utilisation de ces techniques un caractère de certitude lorsque les dispositions contractuelles ne permettent pas d'éliminer les obstacles ou incertitudes qui s'attachent aux dispositions réglementaires. Les dispositions du chapitre II pourraient, dans une certaine mesure, être considérées comme un ensemble d'exceptions aux règles bien établies concernant la forme des opérations légales. Ces règles établies de longue date revêtent normalement un caractère obligatoire, car elles sont généralement l'expression de décisions d'ordre public. Les dispositions du chapitre II devraient être considérées comme énonçant les prescriptions formelles minimales et doivent, pour cette raison, être considérées comme obligatoires si elles n'en disposent pas expressément autrement.

F. Assistance du secrétariat de la CNUDCI

37. 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 certains aspects juridiques de l'échange de données informatisées (EDI) et des moyens connexes de communication, comme il le fait pour les 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.

38. Le secrétariat, dont l'adresse est indiquée ci-dessous, est tout disposé à donner davantage de renseignements concernant la Loi type, ainsi que le Guide et 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)
Télex : 135612 uno a
Fax : (43-1) 21345-5813 ou (43-1) 232156
Téléphone : (43-1) 21345-4060

II. OBSERVATIONS ARTICLE PAR ARTICLE

CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article premier. Champ d'application

39. L'article premier, qui doit être lu en même temps que la définition de l'expression "message de données" figurant à l'article 2 a), a pour objet de délimiter le champ d'application de la Loi type. L'approche retenue dans la Loi type consiste à couvrir en principe toutes les situations de fait dans lesquelles une information est créée, conservée ou communiquée, indépendamment du support utilisé pour cette information. On a pensé au cours de l'élaboration de la Loi type que l'exclusion de toute forme ou support, qui revêtirait la forme d'une limitation du champ d'application de la Loi type, pourrait soulever des difficultés pratiques et serait contraire à l'intention d'élaborer des règles véritablement indépendantes du support utilisé.

40. Toutefois, on a aussi estimé que la Loi type devrait indiquer qu'elle était axée sur les situations rencontrées dans le domaine commercial et qu'elle avait été élaborée en fonction des relations commerciales. C'est la raison pour laquelle l'article premier fait référence aux "activités commerciales" et donne, à la note***, des indications sur ce que cela signifie. Ces précisions, qui pourraient être particulièrement utiles pour les pays qui ne disposent pas d'un corpus distinct de droit commercial, reprennent, pour des raisons de cohérence, la note qui correspond à l'article premier de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international. Dans certains pays, l'emploi de notes dans un texte réglementaire ne serait pas considéré comme une pratique législative acceptable. Les autorités nationales qui mettront en œuvre la Loi type pourront donc envisager d'inclure éventuellement le texte des notes dans le corps même de la Loi.

41. La Loi type s'applique à tous les types de messages de données qui pourraient être créés, stockés ou communiqués, et rien dans la Loi type ne devrait empêcher un État d'élargir le champ d'application de la Loi type pour couvrir les utilisations de l'EDI et des moyens connexes en dehors du domaine commercial. Par exemple, si la Loi type ne porte pas principalement sur les relations entre usagers de l'EDI et pouvoirs publics, elle ne devrait toutefois pas leur être inapplicable. La note**** propose une variante qui pourrait être utilisée par les États qui jugeraient approprié d'élargir le champ d'application de la Loi type au-delà du domaine commercial.

42. Certains pays ont adopté des lois particulières relatives à la protection du consommateur qui régissent certains aspects de l'utilisation des systèmes d'information. S'agissant de cette législation destinée à protéger les consommateurs, on a pensé, comme cela avait été fait pour les instruments précédents de la CNUDCI (par exemple la Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux), qu'il conviendrait d'indiquer dans la Loi type qu'elle avait été rédigée sans que soit accordée une attention particulière aux questions qui pourraient se poser dans le contexte de la protection des consommateurs. On a pensé en même temps qu'il n'y avait aucune raison d'exclure du champ d'application de la Loi type, au moyen d'une disposition générale, les situations dans lesquelles les consommateurs seraient impliqués, d'autant plus que les dispositions de la Loi type pourraient être jugées appropriées pour assurer la protection du consommateur, en fonction de la législation adoptée dans chaque État. La note* relative à l'article premier dispose donc que cette législation relative à la protection du consommateur peut prévaloir sur les dispositions de la Loi type. Les législateurs chargés de mettre en œuvre la Loi type souhaiteront peut-être envisager si la loi incorporant la Loi type devrait s'appliquer aux

consommateurs. La détermination des personnes physiques ou morales qui devraient être considérées comme des "consommateurs" relève de la législation applicable en dehors de la Loi type.

43. La deuxième note prévoit une autre limitation éventuelle du champ d'application de la Loi type. En principe, la Loi type s'applique aux utilisations aussi bien internationales que nationales des messages de données. La note** relative à l'article premier est destinée aux États qui pourraient souhaiter limiter l'applicabilité de la Loi type aux utilisations internationales. Cette note offre un critère d'internationalité aux États qui souhaiteraient établir une distinction entre les utilisations internationales et les utilisations nationales. On notera toutefois que, dans certaines juridictions, notamment dans les États fédéraux, il pourra être extrêmement difficile d'établir une distinction entre le commerce international et le commercial national. La Loi type ne devrait pas être interprétée comme encourageant les États à en limiter l'applicabilité aux cas internationaux.

44. Il est recommandé que le champ d'application de la Loi type soit aussi large que possible. Il faudrait en particulier s'abstenir d'exclure l'application de la Loi type en limitant le champ d'application aux utilisations internationales des messages de données, car une telle limitation pourrait être considérée comme non propice aux objectifs de la Loi type. En outre, en raison de la diversité des procédures utilisables en application de la Loi type (en particulier les articles 5 à 7) pour limiter au besoin l'utilisation des messages de données (par exemple pour des motifs d'ordre public), on aura sans doute rarement à limiter le champ d'application de la Loi type. Comme la Loi type contient un certain nombre d'articles (articles 5 à 7) qui laissent aux États la latitude de limiter le champ d'application de certains de ses aspects particuliers, il ne devrait pas être nécessaire de limiter l'application du texte au commerce international. En outre, il pourrait être difficile dans la pratique de diviser les communications relatives au commerce international en sections purement nationales et en sections purement internationales. En outre, la certitude juridique qu'offrira la Loi type est nécessaire tant pour les utilisations nationales que pour les utilisations internationales et 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.

Références :

A/50/17, par. 213 à 219

A/CN.9/407, par. 37 à 40

A/CN.9/406, par. 80 à 85

A/CN.9/WG.IV/WP.62, art. premier

A/CN.9/390, par. 21 à 43

A/CN.9/WG.IV/WP.60, art. premier

A/CN.9/387, par. 15 à 28

A/CN.9/WG.IV/WP.57, art. premier

A/CN.9/373, par. 21 à 25 et 29 à 33

A/CN.9/WG.IV/WP.55, par. 15 à 20

Article 2. Définitions

"Message de données"

45. La notion de "message de données" ne se limite pas aux données communiquées mais englobe aussi les données enregistrées sur ordinateur qui ne sont pas destinées à être communiquées. Ainsi donc, la notion de "message" comprend la notion d'"enregistrement". Toutefois, une définition du terme "enregistrement", conforme aux principaux éléments d'un "écrit" en application de l'article 5, pourrait être ajoutée dans les juridictions où cela semblerait nécessaire. La référence aux "moyens analogues" a pour objet de tenir compte du fait que la Loi type n'a pas été conçue uniquement pour être applicable dans le contexte des techniques de communication actuelles, mais aussi pour tenir compte des progrès techniques prévisibles.

46. La définition du "message de données" vise également les cas de révocation ou de la modification. Un message de données est présumé contenir des informations fixes, mais il peut être révoqué ou modifié par un autre message de données.

"Échange de données informatisées (EDI)"

47. La définition de l'EDI est tirée de celle adoptée par le Groupe de travail sur la facilitation des procédures du commerce international (WP.4) de la Commission économique pour l'Europe, qui est l'organisme des Nations Unies chargé d'élaborer les normes techniques ONU/EDIFACT¹¹.

"Initiateur" et "destinataire"

48. Dans la plupart des systèmes juridiques, la notion de "personne" est utilisée pour désigner ceux qui ont des droits et des obligations et devrait être interprétée comme englobant les personnes physiques et les personnes morales ou autres entités juridiques. Les messages de données qui sont créés automatiquement par des ordinateurs, sans intervention humaine directe, doivent être englobés dans l'alinéa c). Toutefois, la Loi type ne devrait pas être interprétée comme permettant de soumettre un ordinateur à des droits et obligations. Les messages de données qui sont créés automatiquement par des ordinateurs, sans intervention humaine directe, devraient être considérés comme "émanant" de la personne morale pour laquelle l'ordinateur est utilisé. Les questions relatives à la représentation, qui pourraient se poser dans ce contexte, doivent être réglées par des dispositions en dehors de la Loi type.

49. Le "destinataire" au sens de la Loi type est la personne avec laquelle l'initiateur a l'intention de communiquer en envoyant le message de données par opposition à toute personne qui pourrait recevoir, transmettre ou copier le message de données au cours de sa transmission. L'"initiateur" est la personne qui a créé le message de données, même si ce message a été transmis par une autre personne. La définition d'"initiateur" se distingue de la définition de "destinataire", qui n'est pas axée sur l'intention. Il convient de noter qu'au sens des définitions d'"initiateur" et de "destinataire", telles que les entend la Loi type, l'initiateur et le destinataire d'un message de données peuvent être la même personne, par exemple dans le cas où le message de données était destiné à être stocké par son auteur. Toutefois, la définition d'"initiateur" ne s'applique pas au destinataire qui stocke un message envoyé par un initiateur.

"Intermédiaire"

50. La Loi type est axée sur la relation entre l'initiateur et le destinataire, et non sur la relation entre l'initiateur ou le destinataire et un intermédiaire. Toutefois, la Loi type ne sous-estime pas l'importance primordiale des intermédiaires dans le domaine des communications électroniques. En outre, la notion d'"intermédiaire" est nécessaire dans la Loi type afin d'établir la distinction requise entre les initiateurs ou les destinataires et les tiers.

51. La définition du terme "intermédiaire" est destinée à englober tous les intermédiaires, professionnels ou non, c'est-à-dire toute personne, autre que l'initiateur et le destinataire, qui s'acquitte d'une fonction d'intermédiaire, quelle qu'elle soit. Les fonctions essentielles d'un intermédiaire sont énumérées à l'alinéa e); ce sont la transmission, la conservation et la réception d'informations au nom d'une autre personne. D'autres "services à valeur ajoutée" peuvent être assurés par les exploitants de réseaux et d'autres intermédiaires, comme par exemple le formatage, la traduction, l'enregistrement, l'authentification, la certification et la conservation des messages de données, ainsi que la prestation de services de sécurité en ce qui concerne les opérations électroniques. Dans la Loi type, l'"intermédiaire" est défini non pas en tant que catégorie générique, mais pour chaque message de données, compte tenu du fait que la même personne peut être l'initiateur ou le destinataire d'un message de données et un intermédiaire s'agissant d'un autre message de données. La loi type, qui est axée sur la relation entre l'initiateur et le destinataire ne porte pas, de manière générale, sur les droits et les obligations des intermédiaires.

¹¹La Commission devra étudier si la définition de l'EDI signifie nécessairement que les messages EDI sont communiqués sous une forme électronique d'ordinateur à ordinateur ou si cette définition, tout en visant essentiellement des situations où des messages de données sont communiqués par un système de télécommunications, englobe également des types de situation exceptionnels ou imprévus dans lesquels des données structurées sous la forme d'un message EDI seraient communiquées par des moyens ne faisant pas intervenir des systèmes de télécommunications, par exemple le cas où des disques magnétiques contenant des messages EDI seraient communiqués aux destinataires par messenger (voir A/CN.9/407, par. 51).

"Système d'information"

52. La définition de l'expression "système d'information" est destinée à couvrir toute la gamme des moyens techniques utilisés pour la transmission, la réception et la conservation d'informations. Ainsi donc, en fonction de la situation de fait, la notion de "système d'information" pourrait désigner un réseau de communication et, dans d'autres cas, pourrait inclure une boîte aux lettres électronique ou même un télécopieur. La Loi type n'aborde pas la question de la présence ou non du système d'information dans les locaux du destinataire ou dans d'autres locaux, l'emplacement du système d'information n'entrant pas en ligne de compte au sens de la Loi type.

Références :

A/CN.9/407, par. 41 à 52	A/CN.9/WG.IV/WP.57, art. 1
A/CN.9/406, par. 132 à 156	A/CN.9/373, par. 11 à 20, 26 à 28 et 35 et 36
A/CN.9/WG.IV/WP.62, art. 2	A/CN.9/WG.IV/WP.55, par. 23 à 26
A/CN.9/390, par. 44 à 65	A/CN.9/360, par. 29 à 31
A/CN.9/WG.IV/WP.60, art. 2	A/CN.9/WG.IV/WP.53, par. 25 à 33
A/CN.9/387, par. 29 à 52	

Article 3. Interprétation

53. L'article 3 s'inspire de l'article 7 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises. Il vise à fournir des directives pour l'interprétation de la Loi type par les tribunaux et autres autorités nationales ou locales. L'article 3 devrait avoir pour effet de limiter la mesure dans laquelle un texte uniforme, une fois incorporé dans la législation locale, pourrait être interprété uniquement par référence aux concepts du droit local.

54. Le paragraphe 1 a pour objet d'attirer l'attention des tribunaux ou autres autorités nationales sur le fait que, même si, une fois promulguées, les dispositions de la Loi type (ou les dispositions de l'instrument d'application de la Loi type), faisaient partie intégrante de la législation interne, et avaient donc un caractère national, elles devaient être interprétées en tenant compte de son origine internationale, de façon à assurer l'uniformité de leur interprétation dans les différents pays.

55. S'agissant des principes généraux sur lesquels la Loi type est fondée, la liste non exhaustive ci-après pourrait être envisagée : *a)* faciliter le commerce électronique entre les États et dans chaque État; *b)* valider les opérations conclues au moyen des nouvelles technologies de l'information; *c)* promouvoir et encourager l'application des nouvelles technologies de l'information; *d)* favoriser l'uniformité du droit entre les États et dans chaque État; et *e)* appuyer les pratiques commerciales.

Références :

A/50/17, par. 220 à 224	A/CN.9/WG.IV/WP.60, art. 3
A/CN.9/407, par. 53 et 54	A/CN.9/387, par. 53 à 58
A/CN.9/406, par. 86 et 87	A/CN.9/WG.IV/WP.57, art. 3
A/CN.9/WG.IV/WP.62, art. 3	A/CN.9/373, par. 38 à 42
A/CN.9/390, par. 66 à 73	A/CN.9/WG.IV/WP.55, par. 30 et 31

CHAPITRE II. APPLICATION DES EXIGENCES LÉGALES AUX MESSAGES DE DONNÉES

Article 4. Reconnaissance juridique des messages de données

56. L'article 4 énonce le principe fondamental selon lequel les messages de données ne devraient pas faire l'objet d'une discrimination, c'est-à-dire qu'il ne devrait pas y avoir de disparité de traitement entre les messages de données et les documents sur support papier. Il devrait être appliqué indépendamment du fait qu'un "écrit" ou un original est exigé par la loi. Ce principe fondamental devrait trouver une application générale et son champ d'application ne devrait pas être limité à la preuve ou aux autres aspects visés au chapitre II. Il conviendrait de noter, toutefois, qu'un tel principe ne devrait porter atteinte à aucune règle de droit énoncée dans

les articles 5 à 9. En disposant que "la valeur légale, la validité ou la force exécutoire d'une information ne sont pas refusées au seul motif qu'elle est présentée sans la forme d'un message de données", l'article 4 indique seulement que la forme sous laquelle une certaine information est présentée ou conservée ne peut être invoquée comme unique raison pour laquelle cette information n'aurait aucune valeur légale, validité ou force exécutoire. L'article 4, toutefois, ne devrait pas être interprété à tort comme établissant la valeur légale de tout message de données ou de toute information qu'il renferme.

Références :

A/50/17, par. 225 à 227

A/CN.9/407, par. 55

A/CN.9/406, par. 91 à 94

A/CN.9/WG.IV/WP.62, art. 5 *bis*

A/CN.9/390, par. 79 à 87

A/CN.9/WG.IV/WP.60, art. 5 *bis*

A/CN.9/387, par. 93 et 94

Article 5. Écrit

57. L'article 5 vise à définir la norme de base à laquelle doit satisfaire un message de données pour pouvoir être considéré comme répondant à l'exigence qui peut découler d'un texte de loi, d'un règlement ou du droit jurisprudentiel en vertu duquel l'information doit être conservée ou présentée par écrit (ou en vertu duquel l'information doit figurer dans un "document" ou un autre instrument ayant un support papier). Il convient de noter que l'article 5 appartient à un groupe de trois articles (articles 5, 6 et 7), qui présentent la même structure et devraient être lus conjointement.

58. Lors de l'élaboration de la Loi type, une attention particulière a été accordée aux fonctions traditionnellement assurées par diverses formes d'"écrits" sur papier. C'est ainsi par exemple que la liste non exhaustive ci-après indique les raisons pour lesquelles la législation nationale exige la présentation d'"écrits" : *a)* veiller à ce qu'il y ait des preuves tangibles de l'existence et de la nature de l'intention manifestée par les parties de se lier entre elles; *b)* aider les parties à prendre conscience des conséquences de la conclusion du contrat; *c)* fournir un document lisible par tous; *d)* fournir un document inaltérable et conserver en permanence la trace d'une opération; *e)* permettre la reproduction d'un document de manière que chaque partie ait un exemplaire du même texte; *f)* permettre l'authentification des données au moyen d'une signature; *g)* assurer que le document se présente une forme acceptable par les autorités publiques et les tribunaux; *h)* consigner l'intention de l'auteur de l'"écrit" et conserver la trace de cette intention; *i)* permettre un stockage aisé des données sous une forme tangible; *j)* faciliter le contrôle et les vérifications ultérieures à des fins comptables, fiscales ou réglementaires; et *k)* établir l'existence de droits et obligations juridiques dans tous les cas où un "écrit" était requis aux fins de validité.

59. Toutefois, lors de l'élaboration de la Loi type, on a pensé qu'il ne serait pas approprié d'adopter une définition trop générale des fonctions de l'écrit. L'exigence actuelle selon laquelle les données devraient être présentées par écrit combine souvent l'exigence de l'"écrit" avec des concepts qui en sont distincts comme, par exemple, la signature ou l'original. Ainsi donc, lorsqu'on adopte une approche fonctionnelle, il faut garder à l'esprit que l'exigence de l'"écrit" doit être considérée comme la strate inférieure de la hiérarchie des conditions de forme, qui prévoit des niveaux distincts de fiabilité, de matérialité et d'inaltérabilité des documents écrits. L'exigence selon laquelle les données doivent être présentées par écrit (décrite comme l'"exigence minimum") ne doit donc pas être confondue avec des exigences plus strictes comme la production d'un "écrit signé", d'un "original signé" ou d'un "acte légal authentifié". Par exemple, dans certaines législations nationales, un document écrit qui n'est ni daté ni signé, et dont l'auteur n'est pas identifié dans le document écrit ou n'est identifié que par un simple en-tête, serait considéré comme un "écrit" quand bien même il n'aurait peut-être qu'une force probante négligeable en l'absence d'autres éléments de preuve (par exemple un témoignage) quant à l'auteur du document. En outre, la notion d'inaltérabilité ne devrait pas être considérée comme inhérente à celle d'écrit, en tant que condition absolue, car un document écrit au crayon pourrait néanmoins être considéré comme un "écrit" selon certaines définitions légales. Compte tenu de la manière dont des questions telles que l'intégrité des données et la protection contre les risques de fraude sont traitées pour la documentation sur papier, un document entaché de fraude serait néanmoins considéré comme un "écrit". En règle générale, on a jugé que des notions telles que "élément de preuve" et "intention manifestée par les parties de se lier entre elles" doivent être

rattachées aux questions de nature plus générale concernant la fiabilité et l'authentification des données et ne devraient pas intervenir dans la définition d'un "écrit".

60. L'article 5 ne vise pas à disposer que, dans tous les cas, les messages de données doivent remplir toutes les fonctions concevables de l'écrit : plutôt que de viser 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, l'article 5 s'attache à la notion fondamentale d'une information pouvant être reproduite et lue. Cette notion est exprimée à l'article 5 dans des termes qui ont été jugés constituer un critère objectif, à savoir que les renseignements contenus dans un message de données doivent être accessibles afin de pouvoir être utilisés comme référence par la suite. Le mot "accessible" implique qu'une information se présentant sous la forme de données informatisées doit être lisible et interprétable et que le logiciel qui pourrait être nécessaire pour assurer la lisibilité de pareille information doit être préservé. Le mot "consultée" vise non seulement la consultation par l'homme, mais également le traitement par ordinateur. Quant à l'expression "être consultée" ultérieurement, elle a été préférée à la notion de "durabilité" ou à celle d'"inaltérabilité", qui auraient constitué des normes trop strictes, et à des notions comme la "lisibilité" ou l'"intelligibilité", qui auraient représenté des critères trop subjectifs.

61. En vertu du principe énoncé au paragraphe 2 des articles 5 à 7, un État peut décider de ne pas appliquer ces articles dans certaines situations qui seraient spécifiées dans la législation mettant en œuvre la Loi type. Un État peut souhaiter exclure expressément certains types de situations, compte tenu en particulier de l'objet de la condition de forme visée. Une situation de ce genre pourrait 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. D'autres exclusions expresses pourraient être envisagées, par exemple dans le contexte des formalités requises conformément aux obligations d'un traité international auquel l'État concerné a 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), et d'autres types de situations et de domaines du droit que l'État concerné n'est pas habilité à modifier par le truchement d'une loi.

62. L'inclusion du paragraphe 2 vise à accroître l'acceptabilité de la Loi type. Il y est reconnu que le soin de spécifier les exclusions devrait être laissé aux États concernés, approche qui tiendrait mieux compte des différences entre les situations nationales. Il conviendrait de noter, toutefois, que les objectifs de la Loi type ne seraient pas atteints si le paragraphe 2 servait à prévoir des exclusions générales, et la possibilité offerte en ce sens au paragraphe 2 devrait être évitée. De nombreuses exclusions du champ d'application des articles 5 à 7 soulèveraient des obstacles inutiles au développement des techniques modernes de communication étant donné que la Loi type énonce des principes et des approches d'un caractère très fondamental qui devraient trouver une application générale.

Références :

A/50/17, par. 228 à 241	A/CN.9/WG.IV/WP.58, annexe
A/CN.9/407, par. 56 à 63	A/CN.9/373, par. 45 à 62
A/CN.9/406, par. 95 à 101	A/CN.9/WG.IV/WP.55, par. 36 à 49
A/CN.9/WG.IV/WP.62, art. 6	A/CN.9/360, par. 32 à 43
A/CN.9/390, par. 88 à 96	A/CN.9/WG.IV/WP.53, par. 37 à 45
A/CN.9/WG.IV/WP.60, art. 6	A/CN.9/350, par. 68 à 78
A/CN.9/387, par. 66 à 80	A/CN.9/333, par. 20 à 28
A/CN.9/WG.IV/WP.57, art. 6	A/CN.9/265, par. 59 à 72

Article 6. Signature

63. L'article 6 se fonde sur la reconnaissance des fonctions remplies par la signature dans les échanges sur papier. Lors de l'élaboration de la Loi type, les fonctions ci-après d'une signature ont été envisagées : identifier une personne; apporter la certitude de la participation personnelle de cette personne à l'acte de signer; associer cette personne à la teneur d'un document. On a noté que la signature pouvait en outre remplir diverses autres fonctions, selon la nature du document. Par exemple, elle pouvait attester l'intention d'une partie d'être liée par le contrat qu'elle avait signé; l'intention d'une personne de revendiquer la paternité d'un texte; l'intention d'une

personne de s'associer à la teneur d'un document écrit par quelqu'un d'autre ; le fait qu'une personne s'était rendue en un lieu donné, à une heure donnée.

64. Il convient de noter qu'outre la signature manuscrite traditionnelle, il existe divers types de procédures, (par exemple, apposition d'un cachet, perforation) parfois aussi appelées "signatures", qui apportent divers degrés de certitude : par exemple, dans certains pays, au-dessus d'un certain montant, les contrats de vente de marchandises doivent être "signés" pour que leur exécution puisse être exigée en justice. Toutefois, dans ce contexte, la notion de signature est élargie de sorte qu'un cachet, une perforation, une signature dactylographiée ou un en-tête peuvent suffire pour satisfaire à cette règle. A l'autre extrême, il existe des cas où est exigée, en sus de la signature manuscrite traditionnelle, une procédure de sécurité comme la certification de la signature par des témoins.

65. Il pourrait être souhaitable de mettre au point des équivalents fonctionnels des divers types et niveaux de signature actuellement utilisés. De la sorte, la certitude quant au degré de reconnaissance juridique pouvant être escompté des divers types d'authentification utilisés dans les échanges de données informatisées à la place des "signatures" s'en trouverait renforcée. Toutefois, la notion de signature étant intimement liée au support papier, il n'y a peut-être pas de solutions techniques permettant de retrouver dans un contexte sans support matériel l'équivalent de tous les types et de toutes les utilisations actuels de la "signature". De plus, en cherchant à réglementer les normes et procédures à utiliser pour remplacer tels ou tels types de "signatures", on risque de voir le cadre juridique que constitue la Loi type bientôt dépassé par l'évolution des techniques.

66. Afin de garantir qu'un message devant être authentifié ne puisse se voir refuser valeur légale du simple fait qu'il n'a pas été authentifié de la manière voulue pour les documents sur papier, une formule générale a été retenue pour l'article 6. Cet article définit les conditions générales dans lesquelles les messages de données seraient réputés authentifiés avec suffisamment de crédibilité et seraient opposables au vu des exigences en matière de signature entravant actuellement le commerce électronique. L'article 6 s'attache aux deux fonctions essentielles d'une signature, à savoir l'identification de l'auteur d'un document et la confirmation que l'auteur approuve la teneur dudit document. Le paragraphe 1 *a*) énonce le principe selon lequel, pour les messages électroniques, les fonctions juridiques essentielles d'une signature sont respectées par une méthode qui permet d'identifier l'initiateur d'un message de données et de confirmer que l'initiateur approuve la teneur de ce message de données.

67. Le paragraphe 1 *b*) institue une approche souple en ce qui concerne le degré de fiabilité que doit garantir la méthode d'identification utilisée au paragraphe 1 *a*). La méthode utilisée en vertu du paragraphe 1 *a*) devrait être aussi fiable que cela est approprié au vu de l'objet pour lequel le message de données a été créé ou communiqué, compte tenu de toutes les circonstances, y compris tout accord entre l'initiateur et le destinataire du message de données.

68. Pour déterminer si la méthode utilisée en vertu du paragraphe 1 *a*) est appropriée, les facteurs juridiques, techniques et commerciaux à prendre en considération sont les suivants : *a*) le degré de perfectionnement du matériel utilisé par chacune des parties; *b*) la nature de leur activité commerciale; *c*) la fréquence avec laquelle elles effectuent entre elles des opérations commerciales; *d*) la nature et l'ampleur de l'opération; *e*) le statut et la fonction de la signature dans un régime législatif et réglementaire donné; *f*) la capacité des systèmes de communication; *g*) les procédures d'authentification proposées par les opérateurs des systèmes de communication; *h*) la série de procédures d'authentification communiquée par un intermédiaire; *i*) l'observation des coutumes et pratiques commerciales; *j*) l'existence de mécanismes d'assurance contre les messages non autorisés; *k*) l'importance et la valeur de l'information contenue dans le message de données; *l*) la disponibilité d'autres méthodes d'identification et le coût de leur mise en œuvre; *m*) le degré d'acceptation ou de non-acceptation de la méthode d'identification dans le secteur ou domaine pertinent, tant au moment où la méthode a été convenue qu'à celui où le message de données a été communiqué; et *n*) tout autre facteur pertinent.

69. Le paragraphe 1 *b*) n'établit pas de distinction entre les situations dans lesquelles les parties à une opération d'EDI sont liées par un accord de communication et celles dans lesquelles les parties n'avaient aucune relation contractuelle préalable concernant le recours à l'EDI. Ainsi donc, l'article 6 peut être considéré comme fixant une norme minimale d'authentification pour les messages EDI qui pourraient être échangés en l'absence de relations contractuelles préalables, tout en donnant une indication de ce qui pourrait constituer un remplacement

approprié pour une signature si les parties pratiquent l'EDI dans le cadre d'un accord de communication. La Loi type vise donc à fournir des directives utiles aussi bien dans un contexte où la législation nationale laisserait la question de l'authentification des messages de données entièrement à la discrétion des parties, que dans un contexte où l'exigence de la signature, qui est généralement fixée par des dispositions obligatoires de la législation nationale, ne devrait pas pouvoir être modifiée sans changement convenu entre les parties.

70. La notion d'"accord entre l'initiateur et le destinataire du message de données" doit être interprétée comme englobant non seulement les accords bilatéraux ou multilatéraux conclus entre les parties échangeant directement des messages de données (par exemple les "accords entre partenaires commerciaux" les "accords de communication" ou les "accords d'échanges") mais aussi les accords qui font intervenir des intermédiaires tels que des réseaux (par exemple "accords de prestation de services par des tiers"). Les accords conclus entre les utilisateurs de l'EDI et les réseaux peuvent comporter normalement des "règles de système", c'est-à-dire des règles et des procédures administrative et technique applicables à la communication de messages de données. Toutefois, le fait que l'initiateur et le destinataire d'un message de données se soient entendus sur une méthode d'authentification donnée ne permet pas de conclure que cette méthode est fiable.

71. Il conviendrait de noter qu'au sens de la Loi type, la simple signature d'un message de données par l'équivalent fonctionnel d'une signature manuscrite n'est pas censée à elle seule conférer une validité juridique au message de données. Le point de savoir si un message de données qui satisfaisait à l'exigence de la signature est juridiquement valable doit être réglé par le droit applicable en dehors de la Loi type.

Références :

A/50/17, par. 242 à 248	A/CN.9/WG.IV/WP.58, annexe
A/CN.9/407, par. 64 à 70	A/CN.9/373, par. 63 à 76
A/CN.9/406, par. 102 à 105	A/CN.9/WG.IV/WP.55, par. 50 à 63
A/CN.9/WG.IV/WP.62, art. 7	A/CN.9/360, par. 71 à 75
A/CN.9/390, par. 97 à 109	A/CN.9/WG.IV/WP.53, par. 61 à 66
A/CN.9/WG.IV/WP.60, art. 7	A/CN.9/350, par. 86 à 89
A/CN.9/387, par. 81 à 90	A/CN.9/333, par. 50 à 59
A/CN.9/WG.IV/WP.57, art. 7	A/CN.9/265, par. 49 à 58 et 79 et 80

Article 7. Original

72. Si l'on entend par "original" le support sur lequel l'information a été fixée pour la première fois, l'on ne pourrait pas parler de message de données "original" étant donné que le destinataire d'un message de données en recevrait dans tous les cas une copie. Toutefois, l'article 7 devrait être replacé dans un contexte différent. La notion d'"original" à l'article 7 est utile étant donné que, dans la pratique, nombre de différends portent sur la question de l'originalité des documents et, dans le commerce électronique, l'exigence de la présentation d'originaux est l'un des principaux obstacles que la Loi type essaie d'éliminer. Bien que, dans certains systèmes juridiques, les concepts d'"écrit", d'"original" et de "signature" puissent se recouper, ils sont traités dans la Loi type comme trois concepts bien distincts. L'article 7 est aussi utile car il aide à préciser les notions d'"écrit" et d'"original", compte tenu en particulier de leur importance en matière de preuve.

73. L'article 7 est utile s'agissant des titres et effets de commerce dans le cas desquels la notion de spécificité d'un original est particulièrement pertinente. Toutefois, on a précisé que la Loi type n'est pas censée s'appliquer aux titres de propriété et aux effets de commerce ou aux branches du droit où des prescriptions spéciales s'appliquent à l'enregistrement ou à la notariation des "écrits", par exemple les affaires familiales ou la vente de biens immeubles. Comme exemples de documents dont l'original pourrait être exigé, on peut citer des documents commerciaux tels que les certificats de poids, les certificats agricoles, les certificats de qualité ou de quantité, les rapports d'inspection, les certificats d'assurance, etc. Même si ces documents ne sont pas négociables ni utilisés pour opérer un transfert de droits ou de propriété, il est essentiel qu'ils soient transmis sans avoir été altérés, c'est-à-dire sous leur forme "originale", de façon que les autres parties à une autre opération de commerce international puissent avoir confiance en leur teneur. Lorsque les documents de ce type sont établis sur papier, seul l'"original" est généralement accepté de façon à réduire les risques d'altérations, lesquelles seraient difficiles à détecter sur des copies. Divers moyens techniques sont disponibles pour certifier la teneur

d'un message de données afin d'en confirmer l'"originalité". Sans cet équivalent fonctionnel de l'original, il serait difficile d'avoir recours à l'EDI dans le cadre de la vente de marchandises car les personnes émettant ces documents devraient retransmettre leur message de données à chaque fois que des marchandises seraient vendues, ou encore les parties devraient utiliser des documents sur papier en plus de l'EDI.

74. L'article 7 devrait être considéré comme définissant la condition de forme minimale acceptable à laquelle un message de données doit satisfaire pour pouvoir être considéré comme l'équivalent fonctionnel d'un original. Les dispositions de l'article 7 devraient être considérées comme obligatoires, au même titre que le seraient les dispositions en vigueur relatives à l'utilisation de documents originaux sur support papier.

75. L'article 7 souligne l'importance de l'intégrité de l'information pour son originalité et énumère les critères à prendre en considération pour apprécier l'intégrité en se référant à l'enregistrement systématique de l'information, à l'assurance que l'information a été enregistrée sans lacune et à la protection des données contre toute altération. Cet article lie la notion d'originalité à une méthode d'authentification et met l'accent sur la méthode d'authentification à suivre pour satisfaire à l'exigence stipulée. Ce texte se fonde sur 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.

76. S'agissant du membre de phrase "le moment où elle [l'information] a été composée pour la première fois sous sa forme définitive" figurant à l'alinéa *b*) du paragraphe 1, il conviendrait de noter que la disposition doit englober la situation dans laquelle l'information a tout d'abord été couchée par écrit sur papier, puis transférée sur ordinateur. Dans une telle situation, l'alinéa *b*) du paragraphe 1 doit être interprété comme exigeant une garantie fiable que l'information est restée complète et n'a pas été altérée à partir du moment où elle a été couchée par écrit et non pas à partir du moment où elle a été transférée sur ordinateur. Toutefois, lorsque plusieurs projets ont été créés et mis en mémoire avant que le message définitif ne soit composé, l'alinéa *b*) du paragraphe 1 ne devrait pas être interprété comme exigeant une garantie fiable quant à l'intégrité des projets.

77. L'alinéa *a*) du paragraphe 2 énonce les critères servant à apprécier l'intégrité, en prenant soin de distinguer des autres altérations les ajouts nécessaires au premier message de données (l'"original") tels que les endossements, certifications, authentifications, etc. Du moment que la teneur d'un message de données demeure complète et n'a pas été altérée, les ajouts nécessaires au message de données n'enlèveraient pas à celui-ci son caractère original. Ainsi, si un certificat électronique est ajouté à la fin d'un message de données "original" pour attester l'"originalité" dudit message, ou si des données sont automatiquement ajoutées au début et à la fin d'un message de données pour opérer sa transmission, de tels ajouts seraient considérés comme un feuillet supplémentaire dans le cas d'un "original" sur papier ou comme l'enveloppe et le timbre utilisés pour expédier cet "original".

78. Comme dans les autres articles du chapitre II, le terme "règle de droit" figurant dans la partie liminaire de l'article 7 doit être interprété comme renvoyant non seulement aux dispositions législatives et réglementaires mais également aux règles découlant de la jurisprudence et autres règles processuelles. Dans certains pays de *common law*, où le terme "règle de droit" serait normalement interprété comme renvoyant aux règles de *common law* par opposition aux dispositions législatives, il conviendrait de noter que dans le cadre de la Loi type, le terme "règle de droit" est censé recouvrir ces diverses sources de droit.

79. Comme ce fut le cas avec des dispositions similaires énoncées aux articles 5 et 6, l'inclusion du paragraphe 3 vise à accroître l'acceptabilité de la Loi type. Il y est reconnu que le soin de spécifier les exclusions devrait être laissé aux États concernés, approche qui tiendrait mieux compte des différences entre les situations nationales. Il conviendrait toutefois de noter que les objectifs de la Loi type ne seraient pas atteints si le paragraphe 3 servait à prévoir des exclusions générales. De nombreuses exclusions du champ d'application des articles 5 à 7 soulèveraient des obstacles inutiles au développement des techniques modernes de communication étant donné que la Loi type énonce des principes et des approches d'un caractère très fondamental qui devraient trouver une application générale.

Références :

A/CN.9/407, par. 71 à 79
A/CN.9/406, par. 106 à 110
A/CN.9/WG.IV/WP.62, art. 8
A/CN.9/390, par. 110 à 133
A/CN.9/WG.IV/WP.60, art. 8
A/CN.9/387, par. 91 à 97
A/CN.9/WG.IV/WP.57, art. 8

A/CN.9/373, par. 77 à 96
A/CN.9/WG.IV/WP.55, par. 64 à 70
A/CN.9/360, par. 60 à 70
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 8. Admissibilité et force probante d'un message de données

80. L'article 8 a pour objet d'établir l'admissibilité des messages de données en tant que moyen de preuve dans les procédures légales et leur valeur probante. S'agissant de l'admissibilité, le paragraphe 1, qui prévoit que les messages de données ne devraient pas être rejetés en tant que moyens de preuve dans une procédure judiciaire au seul motif qu'ils sont sous forme électronique, met bien l'accent sur le principe général énoncé à l'article 4 et est 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. Les termes "meilleure preuve" ont un sens dans certains systèmes juridiques de *common law* et leur sont nécessaires. Toutefois, la notion de "meilleure preuve" pourrait soulever de graves incertitudes dans les systèmes juridiques où une telle règle est inconnue. Les pays dans lesquels ces termes n'ont pas de sens souhaiteront peut-être adopter la Loi type sans la référence à la règle de la "meilleure preuve" qui figure au paragraphe 1.

81. S'agissant de l'évaluation de la force probante d'un message de données, le paragraphe 2 contient des indications utiles sur la façon d'évaluer la force probante des messages de données (par exemple, selon qu'ils ont ou non été créés, stockés ou communiqués de façon fiable).

Références :

A/50/17, par. 256 à 263
A/CN.9/407, par. 80 et 81
A/CN.9/406, par. 111 à 113
A/CN.9/WG.IV/WP.62, art. 9
A/CN.9/390, par. 134 à 143
A/CN.9/WG.IV/WP.60, art. 9
A/CN.9/387, par. 98 à 109
A/CN.9/WG.IV/WP.57, art. 9

A/CN.9/WG.IV/WP.58, annexe
A/CN.9/373, par. 97 à 108
A/CN.9/WG.IV/WP.55, par. 71 à 81
A/CN.9/360, par. 44 à 59
A/CN.9/WG.IV/WP.53, par. 46 à 55
A/CN.9/350, par. 79 à 83 et 90 et 91
A/CN.9/333, par. 29 à 41
A/CN.9/265, par. 27 à 48

Article 9. Conservation des messages de données

82. L'article 9 énonce un ensemble de nouvelles règles relatives aux exigences actuelles concernant le stockage de l'information (par exemple pour la comptabilité ou les impôts) qui pourraient constituer des obstacles au développement du commerce moderne.

83. Le paragraphe 1 a pour objet d'énoncer les conditions dans lesquelles l'obligation de conserver des messages de données, qui pouvait être imposée en vertu de la loi applicable, serait satisfaite. L'alinéa *a)* reprend les conditions énoncées à l'article 5 pour qu'un message de données réponde à la règle en vertu de laquelle la présentation d'un écrit est exigée. L'alinéa *b)* souligne que le message n'a pas à être conservé sans modification, dans la mesure où l'information conservée représente avec précision le message de données tel qu'il a été transmis. Il ne serait pas approprié d'exiger que l'information soit conservée sans modification puisqu'en général, les messages sont décodés, comprimés ou convertis pour pouvoir être conservés.

84. L'alinéa *c)* vise à englober toutes les informations qu'il pourrait falloir conserver et qui comprennent, outre le message lui-même, certaines informations liées à la transmission qui peuvent être nécessaires pour l'identification du message. L'alinéa *c)*, en imposant la conservation des informations relatives à la transmission du message de données, impose un critère qui est plus élevé que la plupart des critères appliqués dans les législations nationales pour le stockage des communications sur papier. Toutefois, il ne devrait pas être interprété comme imposant l'obligation de conserver des informations relatives à la transmission en dehors de

celles contenues dans le message de données lorsqu'il a été créé, mis en mémoire ou transmis, ou les informations contenues dans un message de données distinct, tel qu'un accusé de réception. De plus, si certaines informations relatives à la transmission sont importantes et doivent être conservées, d'autres peuvent être écartées sans que l'intégrité du message de données soit compromise. C'est la raison pour laquelle l'alinéa c) établit une distinction entre les éléments des informations relatives à la transmission qui sont importants pour l'identification du message et les quelques rares éléments des informations relatives à la transmission qui sont visées au paragraphe 2 (par exemple les protocoles de communication) qui sont sans valeur pour ce qui est du message de données et qui, en général, seraient automatiquement détachés d'un message EDI par l'ordinateur récepteur avant que le message de données n'entre réellement dans le système d'information du destinataire.

85. Dans la pratique, la conservation d'informations, et plus particulièrement la conservation d'informations relatives à la transmission, peut souvent être assurée par une personne autre que l'initiateur ou le destinataire, telle qu'un intermédiaire. Néanmoins, l'intention est que la personne obligée de conserver certaines informations relatives à la transmission ne puisse s'y soustraire du simple fait, par exemple, que le système qu'elle utilise ne conserve pas les informations requises. Cette disposition vise à décourager de mauvaises pratiques ou des fautes intentionnelles. Le paragraphe 3 prévoit que pour satisfaire aux conditions énoncées au paragraphe 1, un destinataire ou un initiateur peut avoir recours aux services de toute autre personne, et pas uniquement d'un intermédiaire.

Références :

A/50/17, par. 264 à 270
A/CN.9/407, par. 82 à 84
A/CN.9/406, par. 59 à 72
A/CN.9/WG.IV/WP.60, art. 14

A/CN.9/387, par. 164 à 168
A/CN.9/WG.IV/WP.57, art. 14
A/CN.9/373, par. 123 à 125
A/CN.9/WG.IV/WP.55, par. 94

CHAPITRE III. COMMUNICATION DE MESSAGES DE DONNÉES

Article 10. Dérogation conventionnelle

86. La décision d'entreprendre l'élaboration de la Loi type a été motivée par le fait que, dans la pratique, les solutions aux difficultés juridiques que soulève l'utilisation de moyens modernes de communication sont le plus souvent recherchées dans le cadre contractuel. La Loi type vise donc à appuyer le principe de l'autonomie des parties. Toutefois, ce principe est uniquement énoncé dans les dispositions qui figurent au chapitre III de la Loi type. Il faut chercher la raison de cette limitation dans le fait que les dispositions qui figurent au chapitre II pourraient, dans une certaine mesure, être considérées comme une collection de dérogations aux règles consacrées relatives à la forme des actes juridiques. Ces règles consacrées ont habituellement un caractère obligatoire, car elles sont généralement l'expression de décisions d'ordre public. Une affirmation sans nuance de la liberté pour les parties de déroger à la Loi type pourrait ainsi être interprétée à tort comme autorisant les parties, par une dérogation à la Loi type, à déroger aux règles obligatoires adoptées pour des motifs d'ordre public. Les dispositions contenues dans le chapitre II devraient être considérées comme énonçant les prescriptions formelles minimales et doivent, pour cette raison, être considérées comme obligatoires, si elles n'en disposent pas expressément autrement.

87. L'article 10 est destiné à s'appliquer non seulement dans le cadre des relations entre initiateurs et destinataires de messages de données, mais également à l'occasion des relations faisant intervenir des intermédiaires. Ainsi, il peut être dérogé aux dispositions du chapitre II soit par voie d'accords bilatéraux ou multilatéraux entre les parties, soit par voie de règles de système convenues par les parties. Toutefois, le texte limite expressément l'autonomie des parties aux droits et obligations découlant des rapports entre parties contractantes de manière à écartier toute implication quant aux droits et obligations des tiers.

Références :

A/50/17, par. 271 à 274
A/CN.9/407, par. 85
A/CN.9/406, par. 88 et 89

A/CN.9/WG.IV/PW.60, art. 5
A/CN.9/387, par. 62 à 65
A/CN.9/WG.IV/WP.57, art. 5

Article 11. Attribution des messages de données

88. L'article 11 trouve son origine dans l'article 5 de la Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux, qui définit les obligations de l'expéditeur d'un ordre de paiement. L'article 11 s'applique lorsqu'il n'est pas certain que le message de données a effectivement été envoyé par la personne qui est désignée comme l'initiateur. Dans le cas d'une communication sur papier, le problème se pose lorsque la signature de l'expéditeur présumé est contrefaite. En cas de support électronique, une personne non autorisée aura peut-être envoyé le message, mais l'authentification par codage, chiffage ou toute autre méthode pourra être néanmoins correcte. L'objet de l'article 11 n'est pas d'attribuer la responsabilité, mais d'attribuer des messages de données en établissant une présomption selon laquelle, dans certaines circonstances, un message de données serait considéré comme émanant de l'initiateur, puis en apportant une réserve à cette présomption dans les cas où le destinataire savait ou aurait dû savoir que le message de données n'était pas celui de l'initiateur.

89. Le paragraphe 1 rappelle le principe selon lequel un initiateur est lié par un message de données s'il a effectivement envoyé ce message. Le paragraphe 2 vise la situation où le message a été envoyé par une autre personne que l'initiateur, qui avait le pouvoir d'agir en son nom. Le paragraphe 2 n'est pas destiné à se substituer au droit national régissant la représentation, et la question de savoir si d'autres personnes avaient effectivement et juridiquement pouvoir de lier l'initiateur est régie par des règles juridiques appropriées extérieures à la Loi type.

90. Le paragraphe 3 traite de trois types de situations dans lesquels le destinataire pouvait considérer qu'un message de données émanait de l'initiateur : premièrement, les cas où le destinataire appliquait de manière appropriée une procédure d'authentification précédemment convenue par l'initiateur; deuxièmement, les cas où le destinataire appliquait de manière appropriée une procédure qui était raisonnable compte tenu des circonstances; et troisièmement, les cas où le message de données résultait d'actions d'une personne dont la relation avec l'initiateur lui avait permis d'avoir accès à ses méthodes d'authentification. En disposant que le destinataire "est en droit de considérer un message de données comme émanant de l'initiateur", le paragraphe 3, lu en conjonction avec l'alinéa *a)* du paragraphe 4, a pour objet d'indiquer que le destinataire pouvait agir en considérant que le message de données émanait de l'initiateur jusqu'au moment où il était avisé par ce dernier que ce message n'émanait pas de lui, ou jusqu'au moment où il savait, ou aurait dû savoir, que le message n'émanait pas de l'initiateur.

91. Au titre de l'alinéa *a) i)* du paragraphe 3, si le destinataire, en appliquant de la manière appropriée une procédure précédemment convenue par l'initiateur, s'assure que le message de données émane de ce dernier, le message est présumé émaner de l'initiateur. Cette disposition vise non seulement des cas où une procédure d'identification a été convenue par l'initiateur et le destinataire, mais aussi des cas où l'initiateur, unilatéralement ou comme suite à un accord avec un intermédiaire, a identifié une procédure et convenu d'être lié par un message de données répondant aux conditions énoncées dans cette procédure. L'alinéa *a) ii)* du paragraphe 3 établit qu'un initiateur présumé peut être lié par un message de données même s'il arrive que cet initiateur présumé n'ait jamais envoyé ce message (par exemple en cas de fraude), sous réserve que le destinataire ait appliqué une procédure "raisonnable compte tenu des circonstances". Toutefois, le risque encouru par l'initiateur présumé est pondéré par la lourde charge de la preuve incombant au destinataire, lequel devrait prouver ce qui était "raisonnable compte tenu des circonstances".

92. Aux termes de l'alinéa *b)* du paragraphe 3, lu en conjonction avec l'alinéa *h)* du paragraphe 4, l'initiateur ou le destinataire, selon le cas, serait responsable de tout message de données non autorisé s'il peut être démontré que le message a été envoyé en raison d'une négligence de cette partie.

93. L'alinéa *a)* du paragraphe 4 ne devrait pas être interprété à tort comme libérant l'initiateur des conséquences de l'envoi d'un message de données, avec effet rétroactif, que le destinataire ait ou non agi en se fondant sur l'hypothèse que le message de données émanait de l'initiateur. Le paragraphe 4 n'a pas pour objet de permettre que la réception d'une notification en application de l'alinéa *a)* annule rétroactivement le message initial. Aux termes de l'alinéa *a)*, l'initiateur n'est plus lié par le message après que la notification a été reçue,

et non avant. En outre, le paragraphe 4 ne devrait pas être interprété comme autorisant l'initiateur à éviter d'être lié par un message de données en envoyant une notification au destinataire en application de l'alinéa *a*), dans un cas où le message avait effectivement été envoyé par l'initiateur et où le destinataire avait de manière appropriée appliqué une procédure d'identification convenue ou raisonnable. Si le destinataire peut prouver que le message émane de l'initiateur, le paragraphe 1 s'appliquera, et non l'alinéa *a*) du paragraphe 4. En ce qui concerne le sens de l'expression "avisé dans un délai raisonnable", la notification devrait être telle que le destinataire ait suffisamment de temps pour réagir, par exemple dans le cas d'une fourniture "juste à temps" où le destinataire devrait pouvoir disposer de suffisamment de temps pour ajuster sa chaîne de production.

94. En ce qui concerne l'alinéa *b*) du paragraphe 4, il conviendrait de noter que la Loi type pourrait avoir la conséquence suivante : le destinataire serait en droit de se fonder sur un message de données s'il avait appliqué de manière appropriée la procédure d'authentification convenue, même s'il savait que le message de données n'émanait pas de l'initiateur. Lors de l'élaboration de la Loi type, il a été généralement estimé qu'il convenait d'accepter le risque d'une telle situation afin de préserver la fiabilité des procédures d'authentification.

95. Le paragraphe 5 vise à empêcher l'initiateur de désavouer le message une fois envoyé, sauf si le destinataire savait, ou aurait dû savoir, que le message de données n'émanait pas de l'initiateur. De plus, le paragraphe 5 a pour objet de traiter les erreurs de teneur du message qui découlent des erreurs de transmission.

96. Le paragraphe 6 traite de la duplication erronée des messages de données, question qui revêt une importance pratique considérable. Il établit le degré de soin que doit exercer le destinataire pour distinguer une duplication erronée d'un message de données distinct. [Remarque au sujet du paragraphe 6 : la Commission, à sa vingt-huitième session, n'est pas arrivée à un consensus sur la teneur du paragraphe 6 qui devra être réexaminé à la vingt-neuvième session.]

97. Les premières versions de l'article 11 contenaient un paragraphe supplémentaire énonçant le principe selon lequel l'attribution de la paternité d'un message de données à l'initiateur ne devait pas porter atteinte aux conséquences juridiques de ce message, lesquelles devaient être déterminées par d'autres règles du droit national applicable. Il a ensuite été estimé qu'il n'était pas nécessaire d'énoncer ce principe dans la Loi type, mais qu'il devrait être mentionné dans le présent Guide.

Références :

A/50/17, par. 275 à 303
A/CN.9/407, par. 86 à 89
A/CN.9/406, par. 114 à 131
A/CN.9/WG.IV/WP.62, art. 10
A/CN.9/390, par. 144 à 153

A/CN.9/WG.IV/WP.60, art. 10
A/CN.9/387, par. 110 à 132
A/CN.9/WG.IV/WP.57, art. 10
A/CN.9/373, par. 109 à 115
A/CN.9/WG.IV/WP.55, par. 82 à 86

Article 12. Accusé de réception

98. L'utilisation d'accusés de réception est une décision d'affaires devant être prise par les utilisateurs de l'EDI; la Loi type ne prévoit pas d'imposer l'utilisation de cette procédure. Compte tenu toutefois de la valeur commerciale d'un système d'accusé de réception et de l'usage répandu qui en est fait dans le contexte de l'EDI, on a pensé que la Loi type devrait aborder un certain nombre de questions juridiques découlant de l'utilisation d'accusés de réception. Il conviendrait de noter que la notion d'"accusé de réception" recouvre parfois toute une gamme de procédures allant du simple accusé de réception d'un message non spécifié à l'expression d'un accord avec la teneur d'un message de données précis. Dans de nombreux cas, la procédure de l'"accusé de réception" équivaudrait au système des accusés de réception en usage dans les systèmes postaux. Les accusés de réception peuvent être demandés dans divers instruments : le message lui-même, les accords de communication bilatéraux ou multilatéraux ou les "règles de système". Il conviendrait de garder à l'esprit que le coût de ces diverses procédures d'accusé de réception n'est pas le même. Les dispositions de l'article 12 reposent sur l'hypothèse que la décision d'utiliser une procédure d'accusé de réception est laissée à la discrétion de l'initiateur. L'article 12 ne porte pas sur les conséquences juridiques qui pourraient découler de l'envoi d'un accusé de réception autre que la preuve de la réception du message de données. Par exemple, lorsqu'un initiateur envoie une offre dans un message de données et demande un accusé de réception, l'accusé de réception prouve simplement que l'offre

a été reçue. Que l'envoi de l'accusé de réception équivaille ou non à l'acceptation de l'offre ne relève pas de la Loi type mais du droit des obligations extérieur à la Loi type.

99. Le paragraphe 2 vise à valider l'envoi d'un accusé de réception par toute communication ou tout acte du destinataire (par exemple l'expédition de marchandises à titre d'accusé de réception d'une commande) lorsque l'initiateur n'a pas demandé que l'accusé de réception prenne une forme particulière. Le paragraphe 3, qui traite de la situation dans laquelle l'initiateur a indiqué que le message de données est subordonné à la réception d'un accusé de réception, s'applique indépendamment du fait que l'initiateur ait spécifié que l'accusé de réception devait être reçu dans un délai donné.

100. Le paragraphe 4 traite du cas plus courant où un accusé de réception est demandé sans que l'initiateur ait déclaré que le message de données sera sans effet tant qu'un accusé de réception n'aura pas été reçu. Cette disposition est nécessaire pour déterminer à quel moment l'initiateur d'un message de données ayant demandé un accusé de réception serait libéré de toute conséquence juridique de l'envoi de ce message de données si l'accusé de réception requis n'a pas été reçu. Un exemple peut démontrer l'utilité d'une disposition figurant au paragraphe 4 : l'initiateur d'une offre n'ayant pas reçu l'accusé de réception requis du destinataire de l'offre peut avoir besoin de savoir à quel moment il serait libre de soumettre l'offre à une autre partie. Il convient de noter que cette disposition n'impose pas à l'initiateur une obligation impérative, mais établit simplement par quel moyen l'initiateur, s'il le souhaite, peut clarifier sa situation dans les cas où il n'a pas reçu l'accusé de réception demandé. Il convient aussi de noter que cette disposition n'impose aucune obligation impérative au destinataire du message de données qui serait, dans la plupart des circonstances, libre de se fonder ou de ne pas se fonder sur un message de données, étant entendu qu'il assumerait le risque imputable à la non-fiabilité du message de données en l'absence d'un accusé de réception. Le destinataire est toutefois protégé, étant donné que l'initiateur qui ne reçoit pas l'accusé de réception qu'il avait demandé ne réagira pas automatiquement comme si le message de données n'avait jamais été transmis, sans en informer le destinataire. La procédure visée au paragraphe 4 est entièrement à la discrétion de l'initiateur. Par exemple, si l'initiateur a envoyé un message de données, dont il a été convenu entre les parties qu'il devait avoir été reçu dans un certain délai, et que l'initiateur a demandé un accusé de réception, le destinataire ne peut priver le message de son effet juridique simplement en n'envoyant pas l'accusé de réception demandé.

101. La présomption réfragable énoncée au paragraphe 5 est nécessaire pour créer une certitude et serait particulièrement utile dans le contexte de communications électroniques entre des parties qui ne sont pas liées par un accord de partenaires commerciaux. Le paragraphe 5 correspond à un certain type d'accusés de réception, par exemple un message EDIFACT établissant que le message de données reçu est correct du point de vue de la "syntaxe", c'est-à-dire qu'il peut être traité par l'ordinateur récepteur. La référence à des conditions techniques, qui doit être interprétée essentiellement comme une référence à ce que l'on appelle "syntaxe" dans le contexte des communications EDI, pourrait avoir moins d'importance dans le contexte de l'utilisation d'autres moyens de communication, télégramme ou télex par exemple.

Références :

A/CN.9/407, par. 90 à 92

A/CN.9/406, par. 15 à 33

A/CN.9/WG.IV/WP.60, art. 11

A/CN.9/387, par. 133 à 144

A/CN.9/WG.IV/WP.57, art. 11

A/CN.9/373, par. 116 à 122

A/CN.9/WG.IV/WP.55, par. 87 à 93

A/CN.9/360, par. 125

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 13. Formation et validité des contrats

102. L'article 13 n'a pas pour objet de prévaloir sur la législation nationale en matière de formation des contrats, mais plutôt de promouvoir le commerce international en réduisant les incertitudes juridiques quant à la conclusion de contrats par des moyens électroniques. Cet article ne traite pas seulement de la question de la formation des contrats, mais aussi de la forme sous laquelle une offre et une acceptation peuvent être exprimées. Dans certains pays, une disposition analogue au paragraphe 1 pourrait être considérée comme énonçant simplement l'évidence, à savoir qu'une offre et une acceptation, comme toute autre expression de volonté,

peuvent être communiquées par n'importe quel moyen, y compris des messages de données. Toutefois, cette disposition est nécessaire en raison des incertitudes qui subsistent dans un certain nombre de pays quant à savoir si des contrats peuvent valablement être conclus par des moyens électroniques. La nécessité d'une telle disposition s'explique par l'incertitude qui peut exister dans nombre de pays quant à la validité des contrats conclus par des moyens électroniques car les messages de données exprimant une offre et une acceptation peuvent émaner d'ordinateurs sans intervention humaine immédiate, d'où les incertitudes quant à l'expression de la volonté des parties. Un autre motif d'incertitude réside dans le mode de communication et tient à l'absence de document sur papier.

103. Il convient aussi de noter que le paragraphe 1 renforce, dans le contexte de la formation des contrats, un principe déjà consacré dans d'autres articles de la Loi type, notamment les articles 4, 8 et 11, qui tous établissent la valeur légale des messages de données. Toutefois, le paragraphe 1 est nécessaire étant donné que le fait que des messages électroniques peuvent avoir valeur probante et produire certains effets, notamment ceux prévus dans les articles 8 et 11, ne signifie pas qu'ils peuvent être utilisés pour conclure des contrats valides.

104. Le paragraphe 1 ne vise pas seulement les cas dans lesquels à la fois l'offre et l'acceptation sont communiquées par des moyens électroniques, mais aussi les cas dans lesquels seule l'offre ou seule l'acceptation est communiquée électroniquement. Quant au moment ou au lieu de la conclusion des contrats, dans les cas où l'offre ou l'acceptation d'une offre sont exprimées au moyen d'un message de données, aucune règle précise n'a été inscrite dans la Loi type pour ne pas porter atteinte à la législation nationale applicable à la formation des contrats. Il a été jugé qu'une disposition de ce type pourrait outrepasser les objectifs de la Loi type, qui devrait se contenter d'énoncer que les communications électroniques offriront la même certitude juridique que les communications sur papier. La fusion des règles existantes sur la formation des contrats et des dispositions énoncées à l'article 14 vise à faire disparaître toute incertitude quant au moment et au lieu de la formation des contrats lorsque l'offre ou l'acceptation sont échangées électroniquement.

105. Au cours de l'élaboration du paragraphe 1, on a pensé que cette disposition risquait de prévaloir sur des dispositions législatives nationales qui seraient applicables en l'absence de ce paragraphe et qui pourraient prescrire des formalités particulières relatives à la formation de certains contrats. Il peut s'agir, par exemple, de l'exigence d'actes notariés ou d'autres exigences relatives à l'"écrit" fondées sur des considérations d'ordre public, notamment la nécessité de protéger certaines parties ou de les prévenir de certains risques particuliers. C'est la raison pour laquelle le paragraphe 2 prévoit qu'un Etat peut exclure l'application du paragraphe 1 dans certains cas qui seraient spécifiés dans l'instrument mettant en oeuvre la Loi type.

Références :

A/CN.9/407, par. 93

A/CN.9/406, par. 34 à 41

A/CN.9/WG.IV/WP.60, art. 12

A/CN.9/387, par. 145 à 151

A/CN.9/WG.IV/WP.57, art. 12

A/CN.9/373, par. 126 à 133

A/CN.9/WG.IV/WP.55, par. 95 à 102

A/CN.9/360, par. 76 à 86

A/CN.9/WG.IV/WP.53, par. 67 à 73

A/CN.9/350, par. 93 à 96

A/CN.9/333, par. 60 à 68

Article 14. Moment et lieu de l'expédition et de la réception d'un message de données

106. L'article 14 découle du fait que, pour que nombre de règles de droit en vigueur puissent jouer, il importe de déterminer le moment et le lieu de la réception du message de données. Le recours à des moyens de communication électroniques en rend la détermination difficile. Il arrive souvent que des utilisateurs de moyens EDI et de moyens de communication connexes adressent des communications d'un Etat à un autre sans connaître l'emplacement des systèmes d'information empruntés à cette fin. En outre, l'emplacement de certains systèmes d'information peut changer sans que l'une ou l'autre partie en soit informée. Il s'agit donc d'indiquer dans la Loi type que l'emplacement des systèmes d'information est sans pertinence et d'y définir un critère plus objectif, à savoir l'établissement des parties. A cet égard, il conviendrait de noter que l'objet de l'article 14 n'est pas d'énoncer une règle de conflit.

107. Aux termes du paragraphe 1, l'expédition d'un message de données intervient lorsque le message de données entre dans un système d'information qui n'est pas sous le contrôle de l'initiateur, qui peut être le système d'information d'un intermédiaire ou un système d'information du destinataire. La notion d'expédition désigne le commencement de la transmission électronique du message de données. Lorsque le terme "expédition" a déjà un sens établi, il conviendrait de noter que l'article 14 se veut le complément des dispositions internes relatives à l'expédition et ne vise pas à les remplacer. Si l'expédition intervient lorsque le message de données parvient à un système d'information du destinataire, l'expédition aux termes du paragraphe 1 et le moment de la réception aux termes du paragraphe 2 sont simultanés, sauf lorsque le message de données est adressé à un système d'information du destinataire qui n'est pas le système d'information désigné par le destinataire en vertu de l'alinéa *a*) du paragraphe 2.

108. Le paragraphe 2, qui vise à définir le moment de la réception d'un message de données, traite des cas où le destinataire désigne unilatéralement un système d'information déterminé pour la réception d'un message (dans ce cas, le système désigné peut appartenir ou non au destinataire), et où le message de données arrive dans un système d'information du destinataire qui n'est pas le système désigné. Dans ce cas, le système d'information désigné doit prévaloir. Par l'expression "système d'information désigné", la Loi type vise un système qui a été expressément désigné par une partie, par exemple lorsqu'une offre indique expressément l'adresse à laquelle l'acceptation devrait être envoyée. La simple mention de l'adresse du courrier électronique ou de la télécopie sur un en-tête ou autre document ne devrait pas être considérée comme désignant expressément un ou plusieurs systèmes d'information.

109. L'attention a été appelée sur la notion d'"entrée" dans un système d'information, terme qui est utilisé aussi bien pour la définition de l'expédition que pour celle de la réception d'un message de données. Un message de données entre dans un système d'information lorsqu'il peut être traité dans ce système d'information. La question de savoir si un message de données qui entre dans un système d'information est intelligible ou utilisable par le destinataire ne relève pas de la Loi type. La Loi type ne vise pas à prévaloir sur des dispositions de la législation nationale en vertu desquelles la réception d'un message peut intervenir au moment où ledit message est placé sous le contrôle du destinataire, que ce message soit intelligible ou utilisable par le destinataire. La Loi type ne vise pas non plus à aller à l'encontre des usages commerciaux, en vertu desquels certains messages codés sont réputés avoir été reçus avant d'être utilisables ou intelligibles pour le destinataire. On a estimé que la Loi type ne devrait pas imposer une condition plus stricte que celle qui est actuellement imposée pour les documents sur papier, selon laquelle un message peut être considéré comme reçu même s'il n'est pas intelligible au destinataire ou n'est pas supposé être intelligible au destinataire (par exemple, des données codées peuvent être transmises à un dépositaire uniquement à des fins de conservation, pour des questions de protection des droits de propriété intellectuelle).

110. Un message de données ne devrait pas être considéré comme expédié lorsqu'il atteint le système d'information du destinataire, mais sans pouvoir y entrer. Il convient de noter que la Loi type ne traite pas expressément des cas de mauvais fonctionnement du système d'information comme base de responsabilité. En particulier, lorsque le système d'information du destinataire ne fonctionne pas ou fonctionne mal, ou, bien que fonctionnant convenablement, n'est pas en mesure de recevoir le message de données (par exemple dans le cas d'un télécopieur constamment occupé), l'expédition ne se produit pas aux termes de la Loi type. On a pensé au cours de l'élaboration de la Loi type que le destinataire ne devrait pas avoir la lourde charge de maintenir son système d'information en fonctionnement à tout moment sous forme d'une disposition générale.

111. Le paragraphe 4 traite du lieu de réception d'un message de données. L'inclusion d'une règle sur le lieu de la réception d'un message de données est avant tout justifiée par le fait qu'il faut traiter d'une circonstance particulière au commerce électronique, qui ne serait peut-être pas traitée comme il convient en vertu de la législation existante, à savoir le fait que très souvent, le système d'information du destinataire dans lequel le message de données est reçu, ou à partir duquel le message est retiré, est situé dans une juridiction autre que celle dans laquelle se trouve le destinataire final. Ainsi, cette disposition a pour objet de garantir que l'emplacement d'un système d'information n'est pas l'élément déterminant, et qu'il y a une relation raisonnable entre le destinataire et le lieu supposé être le lieu de la réception et que ce lieu doit pouvoir être aisément déterminé par l'initiateur. Il convient de noter que la Loi type ne comporte pas de dispositions particulières quant à la manière de désigner un système d'information ou quant à la possibilité de modifier la désignation effectuée par le destinataire.

112. Il convient de noter que le paragraphe 4, qui fait allusion à l'"opération sous-jacente", vise aussi bien les opérations sous-jacentes effectives que les opérations sous-jacentes envisagées. Les termes "établissement", "établissement principal" et "résidence habituelle" ont été utilisés pour harmoniser le texte avec l'article 10 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises.

113. Le paragraphe 4 a pour effet d'introduire une distinction entre le lieu réputé de la réception et le lieu effectivement atteint par un message de données au moment de sa réception en vertu du paragraphe 2. Cette distinction ne doit pas être interprétée comme répartissant les risques entre l'initiateur et le destinataire en cas de perte ou d'altération du message de données entre le moment de sa réception en vertu du paragraphe 2 et le moment où il atteint le lieu de sa réception en vertu du paragraphe 4. Le paragraphe 4 ne fait qu'établir une présomption irréfragable concernant un fait juridique, à utiliser lorsqu'une autre loi applicable (par exemple la loi relative à la formation des contrats ou une règle de conflit de lois) exige la détermination du lieu de la réception d'un message de données. On a toutefois estimé au cours de l'élaboration de la Loi type que parler d'un lieu de réception réputé, distinct du lieu effectivement atteint par ce message de données au moment de sa réception, ne serait pas approprié en dehors du contexte des transmissions par ordinateur (par exemple dans le contexte des télégrammes et des télex). La portée de cette disposition a donc été limitée aux transmissions de messages de données par ordinateur. Une autre restriction est prévue au paragraphe 5, qui exclut du champ d'application du paragraphe 4 les questions qui relèvent de toute loi en matière administrative ou pénale ou en matière de protection des données. Il conviendrait toutefois de noter que le paragraphe 5 indique seulement qu'en lui-même, l'article 14 ne s'applique pas à ces domaines du droit. Il n'est pas exclu qu'un Etat ait recours à la Loi type en vue de déterminer le lieu de réception et d'expédition sous l'empire du droit administratif, du droit pénal ou du droit relatif à la protection des données.

Références :

A/CN.9/407, par. 94 à 99
A/CN.9/406, par. 42 à 58
A/CN.9/WG.IV/WP.60, art. 13
A/CN.9/387, par. 152 à 163
A/CN.9/WG.IV/WP.57, art. 13
A/CN.9/373, par. 134 à 146

A/CN.9/WG.IV/WP.55, par. 103 à 108
A/CN.9/360, par. 87 à 89
A/CN.9/WG.IV/WP.53, par. 74 à 76
A/CN.9/350, par. 97 à 100
A/CN.9/333, par. 69 à 75

III. INSOLVABILITÉ INTERNATIONALE

A. Rapport du groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité sur les travaux de sa dix-huitième session (Vienne, 30 octobre - 10 novembre 1995) (A/CN.9/419) [original : anglais]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION	1 - 10
I. DÉBAT ET DÉCISIONS	11 - 12
II. COOPÉRATION JUDICIAIRE ET ACCÈS ET RECONNAISSANCE DANS LE CONTEXTE DE L'INSOLVABILITÉ TRANSNATIONALE	13 - 93
A. Remarques générales	13 - 21
B. Les éventuels facteurs déterminants de l'accès et de la reconnaissance	22 - 45
1. Compétence	22 - 25
2. Procédures étrangères ouvertes dans des pays spécifiés	26
3. Pouvoir discrétionnaire du tribunal	27
4. Types de procédures traitées	28 - 32
5. Types de débiteurs	33 - 35
6. Pouvoir d'agir du représentant étranger	36 - 39
7. Considérations d'ordre public	40
8. Facteurs additionnels possibles	41 - 45
C. Effets de la reconnaissance	46 - 69
1. Approches législatives possibles	46 - 59
2. Exclusion de certains types de biens	60 - 61
3. Aspects procéduraux de la reconnaissance	62 - 69
D. Procédures secondaires d'insolvabilité	70 - 76
E. Accès du représentant étranger	77 - 79
F. Coopération judiciaire	80 - 83
G. Autres questions	84 - 93
1. Obligation d'informer les créanciers	84 - 87
2. Obligation des administrateurs de se communiquer des informations	88
3. Péréquation du paiement des créances	89 - 93
III. EXAMEN DES PROJETS PRÉLIMINAIRES DE DISPOSITIONS	94 - 189
A. Définition de la "procédure étrangère"	95 - 110
B. Définition de "représentant étranger"	111 - 117
C. Coopération judiciaire	118 - 133
D. Effets de la reconnaissance	134 - 171
E. Preuve concernant la procédure étrangère	178 - 189
IV. TRAVAUX FUTURS	190 - 193

INTRODUCTION

1. À la présente session, le Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité a entamé ses travaux, conformément à la décision prise par la Commission à sa vingt-huitième session (Vienne, 2-26 mai 1995) d'entreprendre l'élaboration d'un instrument juridique relatif aux aspects transnationaux de l'insolvabilité¹.
2. La Commission a pris cette décision à la suite de suggestions formulées par des praticiens directement concernés par le problème, notamment à l'occasion du Congrès de la CNUDCI sur "Un droit commercial uniforme au XXIème siècle" (tenu à New York parallèlement à la vingt-cinquième session, du 17 au 21 mai 1992). A sa vingt-sixième session, la Commission a décidé d'étudier de plus près ces suggestions². Par la suite, pour évaluer l'opportunité et la faisabilité de travaux dans ce domaine et pour définir comme il convenait la portée de ces travaux, la CNUDCI et l'International Association of Insolvency Practitioners (INSOL) ont organisé un colloque sur les aspects transnationaux de l'insolvabilité (Vienne, 17-19 avril 1994), qui a rassemblé des praticiens de l'insolvabilité de diverses disciplines, des juges, des hauts fonctionnaires et des représentants d'autres secteurs intéressés, y compris des prêteurs³.
3. Lors de ce premier Colloque CNUDCI-INSOL, il a été proposé que la CNUDCI entreprenne, tout au moins au stade actuel, des travaux dans le but limité mais utile de faciliter la coopération judiciaire, et l'accès aux tribunaux des administrateurs de faillites étrangères et la reconnaissance des procédures étrangères d'insolvabilité (appelés ci-après "coopération judiciaire" et "accès et reconnaissance"). Il a été proposé par ailleurs d'organiser une réunion internationale de magistrats afin de connaître leur avis sur les travaux de la Commission dans ce domaine. La Commission a accueilli favorablement ces suggestions à sa vingt-septième session⁴.
4. La CNUDCI et INSOL ont ensuite organisé un deuxième Colloque judiciaire sur les aspects transnationaux de l'insolvabilité (Toronto, 22-23 mars 1995). L'objectif était de faire en sorte que la Commission, au moment où elle entreprenait des travaux sur cette question, obtienne les avis de juges et de hauts fonctionnaires concernés sur la question de la coopération judiciaire dans les cas d'insolvabilité transnationale et sur les questions connexes de l'accès et de la reconnaissance⁵. Selon le consensus qui s'est dégagé lors du Colloque, il serait utile que la Commission fournisse un cadre législatif, sous forme par exemple de dispositions législatives types, pour la coopération judiciaire et qu'elle incorpore dans le texte qu'elle élaborera des dispositions sur l'accès et la reconnaissance. Lorsqu'elle a pris note des vues exprimées au Colloque, le Commission a noté que le Groupe de travail examinerait diverses questions qui y avaient été soulevées quant à la portée et aux effets éventuels du texte juridique à élaborer et aux approches à adopter.
5. Le Groupe de travail, qui est composé de tous les États membres de la Commission, a commencé l'examen de ces questions à sa dix-huitième session, qui a eu lieu à Vienne du 30 octobre au 11 novembre 1995. Y ont participé des représentants des États suivants membres du Groupe de travail : Algérie, Allemagne, Arabie

¹Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-huitième session (1995), *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 17 (A/50/17)*, par. 382 à 393. Dans cette décision, la Commission a rebaptisé le Groupe de travail du nouvel ordre économique international pour lui donner son titre actuel, étant entendu que la numérotation des sessions du Groupe de travail se poursuivrait normalement.

²Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-sixième session (1993), *Document officiels de l'Assemblée générale, quarante-huitième session, Supplément n° 17 (A/48/17)*, par. 302 à 306. La note sur laquelle la Commission a basé ses débats à la vingt-sixième session a été publiée sous la cote A/CN.9/378/Add.4.

³Le rapport du Colloque CNUDCI-INSOL relatif aux aspects transnationaux de l'insolvabilité présenté par le secrétariat à la Commission à sa vingt-septième session figure dans le document A/CN.9/398.

⁴Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-septième session (1994), *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, Supplément n° 17 (A/49/17)*, par. 215 à 222.

⁵Le rapport du Colloque judiciaire que le secrétariat a soumis à la Commission à sa vingt-huitième session figure dans le document A/CN.9/413.

saoudite, Argentine, Australie, Autriche, Brésil, Chili, Chine, Equateur, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Finlande, France, Inde, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Nigéria, Ouganda, République slovaque, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Singapour, Thaïlande et Uruguay.

6. Ont participé à la session des observateurs des États suivants : Bosnie-Herzégovine, Canada, Costa Rica, Gabon, Grèce, Indonésie, Iraq, Koweït, Paraguay, Pays-Bas, Philippines, République de Corée, Suède, Suisse, Turquie et Yémen.

7. Les organisations internationales suivantes étaient également représentées par des observateurs : Fédération bancaire de l'Union européenne, Association européenne des praticiens des procédures collectives (AEPPC), International Association of Insolvency Practitioners (INSOL), Association internationale du barreau (AIB) et Association internationale des assureurs-crédit.

8. Le Groupe de travail a élu le bureau ci-après :

Président : Mme Kathryn Sabo (Canada)
Rapporteur : M. Ruthai Hongsiri (Thaïlande)

9. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants : ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.V/WP.41) et note du secrétariat présentant l'examen des questions pouvant être traitées dans un instrument juridique relatif à la coopération judiciaire, à l'accès et à la reconnaissance dans le contexte de l'insolvabilité transnationale, sur laquelle le Groupe de travail a fondé ses débats (A/CN.9/WG.V/WP.42).

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

1. Élection du bureau.
2. Adoption de l'ordre du jour.
3. Aspects transnationaux de l'insolvabilité.
4. Questions diverses.
5. Adoption du rapport.

I. DÉBAT ET DÉCISIONS

11. Le Groupe de travail a examiné les questions liées à la coopération judiciaire, à l'accès et à la reconnaissance dans le contexte de l'insolvabilité transnationale en se fondant sur la note du secrétariat (A/CN.9/WG.V/WP.42).

12. Après avoir entamé l'examen du document A/CN.9/WG.V/WP.42, le Groupe de travail a chargé un groupe de rédaction officieux de préparer des avant-projets de dispositions sur un certain nombre de questions en tenant compte du débat, qui a eu lieu et des décisions qui ont été prises. Le débat et les conclusions du Groupe de travail, y compris l'examen des divers projets de dispositions, font l'objet des chapitres III et IV ci-après.

II. COOPÉRATION JUDICIAIRE ET ACCÈS ET RECONNAISSANCE DANS LE CONTEXTE DE L'INSOLVABILITÉ TRANSNATIONALE

A. Remarques générales

13. Le Groupe de travail a ouvert ses travaux par un débat sur l'historique et les grands traits des travaux actuellement entrepris par la Commission dans le domaine de l'insolvabilité transnationale.

14. Le Groupe de travail a noté un progrès apparent dans la manière dont les questions liées au droit de l'insolvabilité étaient perçues, dans la perspective des travaux que pourrait entreprendre la Commission. Ce progrès était illustré par le fait que, précédemment, la Commission s'était abstenue de travailler sur un sujet tel que les sûretés, en partie du fait de ses incidences importantes sur le droit de l'insolvabilité, alors que maintenant, elle se lançait dans un projet portant sur cette dernière question. Parmi les facteurs justifiant l'avis actuel de la

Commission, selon lequel il serait souhaitable et possible d'entreprendre des travaux dans le domaine de l'insolvabilité transnationale, on a noté en particulier les importants efforts d'harmonisation régionale entrepris jusqu'ici, l'augmentation du nombre de cas d'insolvabilité transnationale, conséquence naturelle de la mondialisation soutenue du commerce et des investissements, et le fait que les travaux entrepris ont une portée et des objectifs limités.

15. La coopération étroite entre la CNUDCI et les praticiens, qui avait caractérisé les travaux préparatoires entrepris jusqu'ici, revêtait une importance essentielle pour la définition des paramètres du projet et permettait d'escompter que la Commission pourrait, à ce stade, apporter une contribution positive dans ce domaine. Référence a été faite au Colloque judiciaire qui avait été organisé récemment et qui était l'expression de cette coopération; ce colloque avait démontré le souci et la volonté des juges de différents pays et systèmes juridiques d'entreprendre en coopération des activités liées à l'insolvabilité transnationale, ainsi que leur intérêt pour les travaux actuellement entrepris par la Commission.

16. Pour ce qui est des paramètres du projet actuel, divers intervenants ont souligné qu'afin de préserver les chances de succès de ce projet, il faudrait lui conserver une ampleur et des objectifs relativement modestes, comme l'avait d'ailleurs envisagé la Commission. Il a été noté que, vu les divergences actuelles des lois et l'absence quasi totale de dispositions relatives à l'insolvabilité transnationale, les travaux sur l'accès et la reconnaissance envisagés par la Commission, bien que de proportions relativement modestes, pourraient néanmoins apporter une contribution importante dans le domaine du commerce et des investissements internationaux en améliorant la prévisibilité et en réduisant les incertitudes juridiques.

17. Selon un avis, afin de maintenir le projet dans ces limites, en lui donnant un champ d'application modeste mais réaliste, il faudrait éviter, dans la mesure du possible, certaines formulations terminologiques ou abstraites susceptibles d'engendrer des difficultés. On a mentionné à ce propos la notion de "réciprocité", qui pourrait être comprise de manières très différentes. De même, la notion de "domicile" semblait difficile à cerner et risquait donc de susciter des incertitudes.

18. Afin également de maintenir le projet dans des limites viables, le Groupe de travail a été instamment prié de garder à l'esprit qu'inévitablement, les points de vue nationaux en matière d'insolvabilité continueraient de diverger fortement et que la Commission n'avait pas à se fixer pour objectif de surmonter ou d'éliminer ces divergences. Il a été souligné que l'on devrait plutôt se limiter à énoncer un nombre restreint de principes fondamentaux et de règles minima, qui permettraient de traiter avec efficacité et diligence les cas d'insolvabilité transnationale et qui seraient applicables tant dans les États recourant à des moyens judiciaires pour traiter de l'insolvabilité que dans les États recourant à des mécanismes administratifs.

19. Plus précisément, à propos du champ d'application et de la structure des travaux à entreprendre, on a avancé qu'il serait utile d'aborder cette tâche de manière analytique en se fondant sur deux aspects essentiels. Premièrement, la protection et le regroupement des biens, et deuxièmement, la distribution de ces biens. On a également souligné qu'il importait d'indiquer les caractéristiques essentielles des types de procédure à traiter. Ces caractéristiques essentielles pourraient notamment être les suivantes : la procédure devrait être de caractère collectif, elle devrait entraîner le contrôle du débiteur par un organe indépendant et elle ne devrait pas englober les mesures d'aménagement financier prises par les parties dans un cadre privé, sans intervention d'un tribunal ou d'un organe administratif.

20. Diverses suggestions ont été faites afin d'élargir ou de compléter les questions présentées dans le document soumis au Groupe de travail. Selon un avis, la Commission pourrait utilement promouvoir le principe fondamental suivant : les législations nationales de l'insolvabilité devraient accorder aux créanciers étrangers un "traitement national", c'est-à-dire que les créanciers ne subiraient pas de discrimination du fait de leur nationalité. Dans le même temps, il a été noté que la notion de "traitement national" pourrait être considérée comme liée à la question de la distribution des biens et qu'il serait peut-être bon de l'examiner après les questions liées à la protection et au regroupement des biens.

21. Une proposition a été faite quant à la nature de l'avis d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité donné aux créanciers. Il a été déclaré que le cas où le débiteur avait des créanciers dans plus d'une juridiction était un cas très fréquent, peut-être plus encore que celui où le débiteur avait des actifs dans plusieurs pays. Et ce cas faisait

apparaître bien souvent l'insuffisance des exigences actuelles en matière de notification, qui se limitaient souvent à la publication, et ne permettaient pas vraiment de donner aux créanciers étrangers la possibilité de participer à la procédure d'insolvabilité. Le Groupe de travail a convenu d'examiner ces questions et d'autres questions éventuelles durant ses débats.

B. Les éventuels facteurs déterminants de l'accès et de la reconnaissance

1. Compétence

22. Le Groupe de travail a noté que certaines juridictions subordonnaient la reconnaissance des procédures d'insolvabilité étrangères à un examen préalable de la validité de leur ouverture. On a suggéré qu'il serait bon de tenir compte, dans l'instrument que la Commission doit établir, de cette approche qui subordonne la reconnaissance à l'existence des "facteurs de rattachement" requis entre le débiteur et la juridiction dans laquelle la procédure d'insolvabilité a été ouverte.

23. On a débattu des moyens qui permettraient d'exprimer cette condition et les éventuels facteurs de rattachement à considérer comme essentiels pour apprécier, aux fins de la reconnaissance, la compétence de la juridiction étrangère pour ouvrir la procédure à reconnaître. Ces facteurs pouvaient être le domicile, la résidence habituelle, le siège social statutaire, le principal établissement, le centre des intérêts principaux du débiteur et l'emplacement des actifs.

24. Selon une opinion, afin d'assurer le degré maximum de prévisibilité, il faudrait que le facteur de rattachement décisif soit, dans le cas d'une personne morale, le siège ou le siège social statutaire et, dans le cas d'une personne physique, le domicile. On a fait valoir que cette approche assurerait le degré maximum de prévisibilité et de certitude. Elle présentait cependant un inconvénient dans la mesure où elle manquait de souplesse pour tenir compte d'autres facteurs de rattachement qui pouvaient être importants et pour régler les cas où il serait souhaitable de reconnaître des procédures ouvertes par des juridictions autres que celles du domicile ou du siège du débiteur. Il serait donc plus judicieux de faire référence au "centre des intérêts principaux du débiteur".

25. Une troisième approche a été proposée, qui faisait intervenir l'appréciation de la validité de la procédure étrangère en cause et non une référence à tel ou tel facteur de rattachement : elle consistait simplement à établir une présomption réfragable favorable à la validité de la procédure d'insolvabilité étrangère. Cette approche offrait des avantages en ce sens qu'elle faciliterait l'assistance transnationale tout en préservant la possibilité de contester la reconnaissance pour des questions de compétence de la juridiction étrangère. On a aussi signalé que cette approche tiendrait compte du fait que, dans un grand nombre de cas, la validité de la procédure étrangère ne serait pas nécessairement contestée, si par exemple, dans la juridiction de reconnaissance, il n'y a pas de créanciers pour contester la validité. Cette troisième approche présentait un autre intérêt en ce sens qu'elle éviterait l'effet d'exclusion, qui pouvait être peu souhaitable, d'un critère établi à partir d'un seul facteur; autrement dit, il serait impossible de reconnaître des procédures fondées sur un critère autre que les facteurs de rattachement, qui servirait de moyen de filtrage.

2. Procédures étrangères ouvertes dans des pays spécifiés

26. Le Groupe de travail a noté que certains pays appliquaient une formule qui consistait à offrir une assistance aux procédures d'insolvabilité étrangères ouvertes dans les pays énumérés sur les listes de pays "spécifiés" à cette fin.

3. Pouvoir discrétionnaire du tribunal

27. Le Groupe de travail a relevé qu'une autre approche liée à la reconnaissance des procédures d'insolvabilité étrangères supposait l'exercice par le tribunal d'un pouvoir discrétionnaire fondé sur des directives légales. L'idée a été émise que cette approche pourrait faire l'objet d'un examen plus approfondi au titre des effets de la reconnaissance.

4. *Types de procédures traitées*

28. Le Groupe de travail a examiné la question des types de procédures qui devraient entrer dans le champs d'application des dispositions sur la reconnaissance. On a mentionné l'inclusion, dans une définition des procédures traitées, de certains éléments de base tels que la représentation collective des créanciers et le dessaisissement du débiteur.

29. On a généralement soutenu l'idée que la reconnaissance devrait être limitée aux procédures qui étaient en quelque sorte sanctionnées officiellement, que ce soit par une décision judiciaire ou un arrêté administratif. On a déclaré que les accords privés d'aménagement financier qui pouvaient être passés par les parties hors de toute procédure judiciaire ou administrative pouvaient prendre toute une série de formes et n'étaient pas matière satisfaisante pour faire une règle générale sur la reconnaissance. On a généralement estimé qu'en prévoyant la reconnaissance des procédures par une instance judiciaire ou administrative, on prendrait en considération les cas de type courant, et ce serait là une bonne limite au champ d'application de l'instrument.

30. On s'est demandé comment traiter du fait qu'il existait dans certaines juridictions des formes de procédures de redressement qui étaient inconnues ou qu'il ne serait pas facile à reconnaître dans d'autres juridictions. Un exemple en est donné par les procédures dans lesquelles le débiteur reste en possession de ses biens. On s'est préoccupé à ce sujet du fait que les dispositions sur la reconnaissance ne devraient pas mettre le tribunal dans la position d'avoir à déterminer à la base si la procédure à reconnaître impliquait de fait une insolvabilité. Pour répondre à ces préoccupations, on a proposé d'inclure une condition tendant à ce que le débiteur soit placé sous le contrôle d'un organe indépendant. On a aussi proposé de prévoir une règle visant à ce que la procédure étrangère soit reconnue en tant que procédure d'insolvabilité si elle est traitée comme telle dans la juridiction d'origine. On a aussi fait valoir que, dans la mesure où des demandes en reconnaissance étaient présentées directement par un tribunal à un autre, le tribunal requis aurait moins le sentiment de devoir déterminer s'il s'agit ou non d'une procédure d'insolvabilité.

31. Au cours du débat, on a noté qu'une distinction pourrait être faite entre l'accès et la reconnaissance, d'une part, afin que le débiteur étranger détermine les éléments qui entrent dans la masse des biens et, d'autre part, afin que les créanciers étrangers fassent valoir leurs créances sur les biens du débiteur situé hors de la juridiction dans laquelle la procédure d'insolvabilité se déroule (reconnaissance des créanciers étrangers). On s'est demandé si différentes conditions pourraient s'appliquer aux deux cas.

32. L'idée a été émise qu'on pourrait éviter certaines de ces difficultés si, du moins en tant que méthode de travail, le Groupe de travail s'intéressait d'abord aux procédures de liquidation pour passer ensuite aux procédures de redressement. A l'appui de cette idée, on a pensé que le consensus serait peut-être plus facile à obtenir sur la reconnaissance des procédures de liquidation étrangères que sur celle des procédures de redressement, car les secondes sont inconnues d'un certain nombre de juridictions. On a déclaré que, dès qu'une série de règles sur les procédures de liquidation auraient été approuvées, le Groupe de travail pourrait se demander si ces règles pourraient s'appliquer aux procédures de redressement. On a ajouté que, si on traitait simultanément les procédures de liquidation et les procédures de redressement, il faudrait faire une distinction entre les deux, ce qui pourrait être difficile, car liquidation implique souvent redressement, et inversement.

5. *Types de débiteurs*

33. Le Groupe de travail s'est demandé, au cours d'une discussion préliminaire, s'il fallait apporter des restrictions aux types de débiteurs auxquels s'appliquerait l'instrument à établir et, en particulier, s'il fallait en exclure les non-commerçants ou les consommateurs. On a relevé que l'un des moyens de procéder à cette exclusion serait de limiter le champ d'application de l'instrument aux personnes morales. Pour exclure les insolvabilités de "consommateurs", on a fait valoir qu'elles avaient relativement peu d'importance en termes économiques, en particulier dans le contexte transnational, et qu'elles plongeraient les tribunaux étrangers dans la complexité des règles et privilèges spéciaux en vigueur dans d'autres juridictions pour protéger les consommateurs (par exemple, exemptions de certains des biens personnels ou familiaux du débiteur). Toutefois, ceux qui se sont déclarés favorables à l'idée d'inclure à la fois les personnes morales et les personnes physiques ont expliqué que, si on excluait les secondes, on laisserait échapper des cas importants dans lesquels des sommes considérables étaient dues par des personnes physiques. A cet égard, on a signalé que, si l'instrument s'appliquait

aux personnes physiques, il faudrait peut-être écarter de la masse des biens du débiteur certaines catégories d'actifs tels que les actifs personnels ou familiaux. Il serait par ailleurs difficile d'établir une distinction nette entre les insolvabilités de consommateurs et les insolvabilités commerciales, car on ne trouverait pas nécessairement de critères généralement acceptés à cette fin. Devant cette dernière complication, on a suggéré de se référer aux dettes encourues à des fins privées ou personnelles pour définir une insolvabilité de "consommateur".

34. Une autre possibilité d'exclusion a été soulevée à propos de certains types de débiteurs institutionnels tels que les banques, les compagnies d'assurance et les sociétés d'investissement. On a signalé que certaines de ces institutions financières étaient soumises à des lois qui n'entraient pas dans le cadre de la législation ordinaire sur l'insolvabilité car elles relevaient normalement, en tant qu'organismes réglementés, d'instances et de textes légaux distincts. La liquidation des banques s'opérait souvent dans un cadre administratif spécial, et l'application de la législation ordinaire sur l'insolvabilité à ces institutions pourrait être compliquée en raison de la garantie des dépôts, question normalement régie par la législation de la juridiction dans laquelle la banque serait située. Une autre question était de savoir si l'inclusion de ces institutions pourrait dépendre des circonstances. C'est ainsi qu'une banque qui opère dans une juridiction d'une manière qui l'assujettit à la législation interne pourrait normalement ne pas être soumise à la législation interne ordinaire sur l'insolvabilité, tandis qu'une banque qui n'a que des actifs que dans une juridiction donnée pourrait se voir soumise, en ce qui concerne ces actifs, à une procédure secondaire dans cette juridiction.

35. On a été d'avis, du moins à ce stade, qu'il ne serait pas souhaitable d'éliminer d'emblée la possibilité d'inclure les banques et institutions apparentées, étant donné en particulier que certaines des insolvabilités transnationales les plus importantes engagent des banques. En outre, les grandes banques étant de plus en plus souvent des filiales de grosses sociétés commerciales, la reconnaissance des procédures d'insolvabilité des banques pourrait être essentielle pour maximiser la valeur de la masse des biens.

6. Pouvoir d'agir du représentant étranger

36. Le Groupe de travail a étudié dans quelle mesure et de quelle manière le tribunal de la reconnaissance voudrait s'assurer que le représentant étranger était habilité par la juridiction de la procédure reconnue à agir à l'étranger, notamment en ce qui concerne les biens situés à l'étranger. Il a été noté que la question ne posait pas de problème insurmontable dans la pratique, car, dans la plupart des juridictions, l'accréditation d'un représentant était supposée avoir un effet universel. Toutefois, il a été jugé que cette question était importante, car elle pouvait poser des problèmes aux tribunaux.

37. Selon un avis, pour qu'un représentant étranger soit reconnu à l'étranger, son identité et sa fonction devaient être sans ambiguïté, ce qui ne serait peut-être pas toujours le cas, à moins que ce représentant ait été expressément autorisé par un tribunal de la juridiction d'origine et que la preuve puisse en être apportée. Il a toutefois été noté que l'exigence d'un ordre exprès du tribunal, outre l'acte de nomination, constituerait un obstacle sérieux à une action efficace du représentant étranger, dans la mesure où celui-ci serait privé du pouvoir essentiel d'agir avec diligence pour protéger les biens. Il a également été avancé que le tribunal de la reconnaissance pourrait être assuré que le représentant en question avait le pouvoir d'agir à l'étranger si l'État d'origine du représentant conférait ce pouvoir, en vertu d'une disposition légale générale aux représentants soumettant une demande de reconnaissance à un tribunal étranger.

38. Durant le débat, il a été demandé dans quelle mesure les organismes spéciaux existant dans certains pays, qui avaient pour objet de contrôler les activités des représentants d'insolvabilités, dans l'intérêt public ou dans l'intérêt des créanciers, pourraient être habilités à obtenir une assistance judiciaire à l'étranger. Selon un avis, cette question poserait moins de problèmes dans la mesure où ces organismes, bien que sans doute nommés par une autorité autre qu'un tribunal, agiraient quasiment en tant que représentants étrangers pour ce qui est des biens. On a également fait valoir que ces organismes ne devraient pas avoir plus de pouvoirs qu'un représentant étranger normal, même s'ils étaient liés à un gouvernement ou nommés par lui.

39. Il a en outre été déclaré que cet aspect, ainsi que d'autres aspects de la question militaient en faveur d'une définition fonctionnelle du "représentant étranger", plutôt que d'une définition fondée sur une terminologie particulière, susceptible d'être interprétée ou comprise de manières divergentes. Il a été ajouté que, dans une

certaine mesure, les doutes que pourrait avoir le tribunal de la reconnaissance sur le pouvoir d'agir à l'étranger d'un représentant étranger seraient peut-être atténués si la demande de reconnaissance émanait du tribunal étranger plutôt que du représentant.

7. Considérations d'ordre public

40. On a jugé dans l'ensemble que l'instrument futur devrait comporter une disposition donnant aux États le droit de refuser la reconnaissance pour des motifs d'ordre public. On trouvait cette exception dans les instruments multilatéraux et dans les lois nationales traitant de la reconnaissance des procédures étrangères. Le Groupe de travail s'est demandé s'il serait possible ou souhaitable de qualifier ou de définir ces considérations d'ordre public, de manière à éviter tout abus, vu le grand nombre de motifs que l'on pourrait probablement invoquer pour faire jouer cette exclusion, ce qui risquerait de contrecarrer les objectifs de l'instrument envisagé. Il a noté, par exemple, que certaines dispositions en la matière étaient applicables dans les cas où la reconnaissance serait "manifestement contraire" à l'ordre public. Au-delà de cette condition élémentaire, l'ajout d'une formulation plus restrictive n'a pas recueilli un appui suffisant, étant donné que cette notion, dans ses détails, n'était pas du tout interprétée de la même manière selon les États.

8. Facteurs additionnels possibles

41. Diverses suggestions ont été faites à propos d'éventuelles questions additionnelles relatives aux facteurs qui pourraient être déterminants pour la reconnaissance; il a été notamment proposé que les définitions de termes tels que "représentant étranger", comme il a été noté ci-dessus, et "procédure étrangère" soient axées sur les aspects fonctionnels. Il a été jugé qu'une telle approche serait utile, car elle éviterait toute incertitude due à des divergences terminologiques parmi les systèmes juridiques.

42. Pour ce qui est des facteurs additionnels eux-mêmes, le Groupe de travail s'est demandé s'il faudrait inclure une référence à la réciprocité. Les partisans de cette référence, en vigueur dans certains pays, ont jugé qu'un tel mécanisme de filtrage permettrait d'harmoniser davantage les lois en incitant plus fortement les États à inclure dans leur législation des dispositions sur l'insolvabilité transnationale.

43. Dans le même temps, divers intervenants ont fait part des inconvénients qu'il y aurait selon eux à inclure une référence à la réciprocité dans l'instrument que devrait établir la Commission. Selon un avis, l'inclusion d'une telle référence serait source d'incertitudes, étant donné que cette notion était interprétée différemment et qu'elle se fondait sur des concepts législatifs différents; il serait en outre difficile de déterminer dans quelle mesure la réciprocité était effectivement assurée. Il a également été déclaré que l'inclusion de cette référence ne serait pas conforme à l'objectif fondamental du projet, qui était de promouvoir la coopération internationale, et donnerait une idée erronée du projet.

44. Selon un avis, afin de réduire les effets négatifs d'une disposition relative à la réciprocité, on pourrait, pour le moins, établir une distinction entre deux approches en la matière. Selon la première approche, la moins souhaitable selon cet avis, que l'on pourrait appeler la réciprocité "positive", il fallait prouver que la réciprocité serait accordée; selon l'autre approche, moins néfaste, que l'on pourrait appeler la réciprocité "négative", on supposerait, sauf preuve contraire, que la réciprocité serait accordée dans la juridiction dont la procédure devait être reconnue.

45. Il a en outre été noté que l'objectif de la réciprocité, qui, semblait-il, serait servi de la façon la plus directe si l'instrument prenait la forme d'une convention, pourrait également être énoncé dans une loi type. Il a été avancé à ce propos qu'une loi type qui serait largement acceptée permettrait d'atteindre l'objectif de la réciprocité sans qu'il soit nécessaire d'y inclure une disposition à cet effet.

C. Effets de la reconnaissance

1. *Approches législatives possibles*

46. Le Groupe de travail a procédé à un échange de vues sur les différents moyens possibles de traiter la question primordiale des effets qui découleraient de la reconnaissance d'une insolvabilité étrangère compte tenu des paramètres du projet entrepris par la Commission.

47. Il était entendu au départ qu'il y avait toute une série d'effets possibles qui pouvaient être attribués à la reconnaissance, y compris des mesures provisoires conçues pour regrouper et protéger les biens, telles que la suspension ou le gel des poursuites individuelles des créanciers portant sur les biens situés dans la juridiction de la reconnaissance et l'autorisation donnée au représentant étranger, d'une part, d'obtenir des renseignements et des témoignages concernant les biens et les activités économiques du débiteur et, d'autre part, de gérer et d'administrer ces biens ainsi que, en dernière extrémité, l'autorisation qui lui serait accordée de transférer les biens ou le produit de la réalisation de ces biens hors de la juridiction de la reconnaissance.

48. On a aussi retenu comme base fondamentale des travaux entrepris par la Commission l'idée que la mise en œuvre par le représentant étranger des effets de la reconnaissance supposerait généralement, du moins au départ, une forme d'intervention judiciaire ou administrative dans la juridiction de la reconnaissance. De ce fait, la mise en place d'un système qui habiliterait les représentants étrangers à agir dans des juridictions étrangères en l'absence d'autorisation ou d'assistance officielles n'entrerait pas dans le champ d'application du projet. Toutefois, il a été noté que les États désireux d'aller dans ce sens pourraient envisager une telle approche et que l'on pourrait également envisager de l'inclure dans le menu d'options qui serait présenté aux États par la Commission.

49. Au titre d'une approche qui a été envisagée pour déterminer les effets de la reconnaissance, on pourrait tenter de faire une énumération exhaustive de ces effets, en s'inspirant par exemple de la formule adoptée dans la Convention européenne sur certains aspects internationaux de la faillite (Convention d'Istanbul). Cette approche n'a pas suscité un très large appui, notamment parce qu'on craignait de rendre vaine une tentative d'énumération générale et complète d'effets qui pouvaient être très nombreux.

50. Des avis divergents ont été émis à propos d'une seconde approche qui a été examinée pour déterminer les effets de la reconnaissance : elle supposait une référence à la loi applicable. On pouvait envisager un certain nombre de variantes qui étaient fonction de la question de savoir si le tribunal de la reconnaissance serait autorisé à déterminer les effets de cette reconnaissance en application de la loi dont il relève, ou de celle de la juridiction dont la procédure d'insolvabilité devait être reconnue. On pouvait aussi envisager la possibilité d'autoriser le tribunal de la reconnaissance à appliquer l'une ou l'autre des deux lois.

51. Les arguments qui militaient en faveur d'une approche fondée sur l'application de la loi du tribunal de la reconnaissance tenaient à la plus grande facilité avec laquelle ce tribunal pourrait appliquer une loi qui était la sienne et qu'il connaissait bien, comparée à une loi étrangère qui risquait de lui être moins familière. On a fait valoir que cette approche rendrait plus facile et plus probable l'octroi d'une assistance à la procédure étrangère, sans parler du fait que, pour ces raisons, les États accepteraient plus volontiers l'instrument établi par la Commission.

52. Une approche fondée sur l'application de la loi régissant la procédure reconnue présentait des avantages en ce sens que, selon toute probabilité, elle aboutirait à un résultat plus cohérent et mieux équilibré, étant donné les différences entre les législations nationales sur l'insolvabilité, des différences qui pourraient être mises en évidence si le tribunal de la reconnaissance devait appliquer une loi différente de celle qui régirait la procédure principale. Il était aussi préférable d'appliquer la loi de la procédure principale afin de ne pas inciter les débiteurs à chercher à dissimuler des actifs en se retranchant derrière une autre loi qui pourrait permettre de soustraire ces actifs à une administration découlant de la procédure principale d'insolvabilité, si par exemple ces actifs étaient jugés ne pas faire partie des biens concernés.

53. Le Groupe de travail a aussi examiné une approche qui se situait quelque part à mi-chemin entre les deux variantes concernant la "loi applicable", visée dans les paragraphes précédents. Cette approche consisterait à autoriser le tribunal de la reconnaissance à appliquer soit sa propre loi, soit celle de la juridiction qui avait ouvert la procédure reconnue. On a fait valoir que cette approche "combinée" apporterait la souplesse nécessaire pour limiter la possibilité de soustraire des actifs aux procédures d'insolvabilité, qu'elle servirait au mieux les intérêts des créanciers et qu'elle permettrait de maximiser la valeur de la masse des biens. A ce propos, on s'est demandé

si cette approche n'aboutirait pas à donner au représentant étranger des pouvoirs plus étendus que ceux qui seraient conférés à un représentant qui agirait en vertu de la loi de la juridiction de désignation.

54. Dans le cadre du débat sur les effets de la reconnaissance, le Groupe de travail a aussi noté que, dans une mesure ou une autre, en fonction partiellement de la tradition et du système juridique applicables, les effets précis de la reconnaissance pourraient faire intervenir l'exercice par les juges d'un pouvoir d'appréciation ou d'un "pouvoir discrétionnaire", comme l'entendent en particulier certains systèmes juridiques, compte tenu des circonstances de chaque cas. On a fait observer par ailleurs que, même si les juges des différents systèmes juridiques étaient appelés et habitués à exercer ce pouvoir d'appréciation, il y avait toujours entre ces systèmes des différences quant à l'étendue du "pouvoir discrétionnaire" qui pouvait être laissé au juge.

55. Pour atteindre l'objectif fondamental, mais limité, qui consiste à offrir rapidement la possibilité concrète d'établir une coopération entre les juridictions en cas d'insolvabilité transnationale, tout en faisant place aux différences entre les diverses traditions et notions juridiques applicables, le Groupe de travail a examiné avec beaucoup d'intérêt une proposition qui combinerait et rapprocherait certaines des considérations et des approches dont il a été question pendant le débat. Si l'on retenait la proposition d'approche combinée, la Commission incorporerait dans l'instrument en cours d'élaboration une liste "minimum" de mesures ou d'effets qui seraient déclenchés par la reconnaissance, l'accent étant mis sur la nécessité de mettre rapidement les biens à l'abri d'une dilapidation et de prévoir suffisamment de temps pour procéder à une évaluation complète de la situation, tout en laissant au tribunal de la reconnaissance la possibilité d'admettre des effets supplémentaires.

56. La dernière partie de la disposition, qui ouvrirait aux juges la possibilité de prévoir des effets supplémentaires, en plus de ceux de la liste minimum, pourrait être rédigée de manière à faire intervenir des éléments ou des directives qui seraient connus des juges des différents systèmes juridiques et dont ils auraient l'habitude. Ces éléments pourraient être en même temps assortis du degré de souplesse qui caractérise les poursuites judiciaires dans les différents systèmes juridiques et permettre en particulier de déterminer si la principale procédure étrangère défavoriserait les créanciers locaux et d'évaluer les règles procédurales locales ainsi que les considérations générales d'ordre public.

57. Pour ce qui est des effets susceptibles d'être inclus dans la liste minimum, on est généralement convenu qu'il faudrait s'intéresser essentiellement aux effets qui seraient indispensables pour répondre à une nécessité immédiate : permettre la prise en compte des biens locaux dans une solution coordonnée ou globale de l'insolvabilité. A titre de premier exemple de ces effets, on pourrait citer la suspension ou le gel, dès la reconnaissance, voire peut-être, dès la simple demande de reconnaissance, des poursuites individuelles des créanciers et du transfert par le débiteur de ses intérêts sur les biens. On a précisé que l'efficacité de cette suspension, dans le cas du transfert des intérêts du débiteur, serait des plus utiles en raison du facteur temps essentiel, qui peut jouer pour prévenir la dilapidation des biens. Parmi les autres effets qui pourraient être inclus dans la liste minimum, on a mentionné le pouvoir donné au représentant étranger d'obtenir des informations et des témoignages concernant les biens et les affaires du débiteur, de prendre en charge les biens de celui-ci et d'en assurer la gestion.

58. Les partisans de l'approche ci-dessus ont fait valoir qu'elle répondrait à l'objectif fondamental du projet en ce sens qu'elle permettrait de prévoir des dispositions législatives "habilitantes" qui offriraient des moyens de coopération et de reconnaissance judiciaire des procédures étrangères d'insolvabilité, ces moyens faisant actuellement défaut dans beaucoup de législations nationales. En même temps, elle permettrait d'éviter de compter uniquement sur l'exercice du "pouvoir discrétionnaire des tribunaux" d'une manière qui pouvait faire craindre une moins bonne harmonisation et une moindre acceptabilité entre les systèmes juridiques. En revanche, au delà des mesures énoncées dans la liste minimum, elle apporterait le degré de souplesse nécessaire pour permettre aux juges de traiter de façon pratique les cas d'insolvabilité transnationale, compte tenu des conditions particulières des différents cas dont ils seraient saisis ainsi que d'autres facteurs pertinents, ce qu'ils étaient généralement habitués à faire pour d'autres cas dans tous les systèmes juridiques.

59. On s'est demandé si, dans la "liste minimum", on devrait prévoir la possibilité d'annuler certaines opérations du débiteur, généralement défavorables aux créanciers, qui ont eu lieu un certain temps avant la déclaration d'insolvabilité, mesure désignée dans certains systèmes par l'expression "annulation des paiements ou transferts préférentiels". On a cependant hésité à la faire figurer dans la liste au motif qu'elle faisait intervenir

des questions particulièrement complexes qui étaient traitées très différemment selon les États. En ce qui concerne les facteurs qui doivent orienter la détermination des mesures supplémentaires possibles, indépendamment des mesures visées dans la liste minimum, on a été d'avis qu'il faudrait aussi mentionner ce qui a été désigné auparavant par l'expression "réciprocité positive" (voir par. 44). Cet avis n'a pas bénéficié d'un appui suffisant.

2. Exclusion de certains types de biens

60. On a noté que, dans les législations nationales, certains types de biens étaient exemptés de l'application soit des mesures d'insolvabilité en général soit, plus précisément, des règles concernant la disposition des biens dans le contexte transnational. C'est ainsi que certains types de biens personnels ou familiaux peuvent être exclus complètement de l'application de la législation sur l'insolvabilité et, comme le montre l'article 5 du projet de Convention de l'Union européenne, les droits réels des tiers peuvent en être exclus en vertu des règles sur les effets transnationaux de l'ouverture des procédures d'insolvabilité. On a mentionné aussi à cet égard l'exemption possible des biens immeubles.

61. Diverses interventions ont donné à penser que l'on s'orientait vers l'idée que, dans l'instrument qu'elle doit établir, la Commission ne devrait peut-être pas chercher à toucher à ces exemptions, surtout parce qu'elles peuvent faire intervenir des notions d'ordre public et de souveraineté dont les États ne voudraient pas qu'elles cessent de relever de leur droit interne ou du droit international privé. Toutefois, le Groupe de travail a noté qu'il s'agissait là d'une question qu'il faudrait examiner plus avant. Il a également noté que, lorsqu'il examinerait la question d'une éventuelle exclusion des droits réels, il devrait tenir compte de la question connexe des biens pour lesquels une saisie avait déjà été obtenue.

3. Aspects procéduraux de la reconnaissance

62. Le Groupe de travail a étudié les caractéristiques possibles d'une disposition qui pourrait figurer dans l'instrument qu'élaborerait la Commission et qui traiterait des effets de la reconnaissance et de considérations connexes. Les diverses approches possibles diffèrent en fonction de leur caractère plus ou moins formel, ainsi que du type et de la spécificité des éléments de procédure. A une extrémité de l'éventail, on trouverait les approches exigeant une décision expresse de reconnaissance par un tribunal compétent et entraînant peut-être également l'ouverture par le représentant étranger d'une procédure locale d'insolvabilité. A l'autre extrémité, on trouverait l'approche de l'"effet immédiat" selon laquelle, par exemple, les effets de la reconnaissance et le pouvoir donné au représentant étranger d'agir dans la juridiction de la reconnaissance découleraient directement de l'ouverture de la procédure étrangère. Il a été noté que la première approche était la plus certaine du point de vue juridique, alors que la seconde visait à permettre au représentant étranger d'obtenir rapidement les mesures de protection qu'il souhaitait. Le Groupe de travail a également examiné les approches intermédiaires pour ce qui est du degré de formalité et des procédures.

63. Une question pouvait en dernière analyse avoir des incidences sur la teneur d'une disposition sur les procédures : dans quelle mesure les procédures particulières pouvaient-elles être soumises à la loi applicable de la juridiction de la reconnaissance. Une autre question a été discutée : la teneur d'une disposition sur les procédures pourrait être fonction de la nature des moyens de recours, ou du stade auquel se situait la procédure de reconnaissance. Selon cette approche, les règles de procédure et le degré de formalité requis pourraient dépendre du point de savoir si les mesures en question étaient des mesures d'urgence, de caractère provisoire, nécessaires pour protéger immédiatement les biens, ou si ces mesures étaient de caractère plus définitif, par exemple une décision finale sur la reconnaissance du représentant étranger ou une suspension générale des actions des créanciers. Le premier type de mesures pourrait être assorti de conditions de procédure moins formelles que le second type.

64. On a également traité durant le débat de l'hypothèse généralement admise selon laquelle, dans le contexte de l'instrument qu'élaborerait la Commission, il faudrait, pour donner effet à la reconnaissance, des mesures et un contrôle judiciaires ou quasi-judiciaires, notamment si l'instrument devait prendre la forme d'une loi type, supposant une adoption unilatérale par voie législative, compte tenu du fait qu'il ne s'agirait en aucun cas d'un instrument limité à un contexte régional. Ainsi, il semblait douteux que l'approche de l'"effet immédiat" soit une option pratique, en tant qu'approche que les États devraient suivre en général.

65. Prenant les éléments ci-dessus comme principes directeurs possibles pour l'étude d'une disposition en la matière, le Groupe de travail s'est penché sur les détails des procédures. Il fallait par exemple déterminer dans quelle mesure et à quel moment les créanciers devaient être avisés de la reconnaissance du représentant étranger, ou dans quelle mesure et à quel moment la reconnaissance produirait ses effets, par exemple le gel des biens. Il a été noté dans l'ensemble que les juridictions imposaient en général des conditions en matière de notification et de publication, par exemple la publication d'avis invitant les créanciers à présenter la preuve de leurs créances, à une ou plusieurs étapes de la procédure d'insolvabilité. Il a été jugé à ce propos que de telles exigences en matière de publication ne devraient pas être imposées trop tôt dans le cadre de ce processus, car on risquerait d'empêcher le représentant étranger de protéger efficacement les biens contre tout risque de dispersion ou de dissimulation, notamment si la publication ou la notification était requise avant qu'une mesure d'urgence de gel des biens n'entre en vigueur et un débiteur ou des créanciers aient alors le temps de disposer de biens avant que le gel ne prenne effet.

66. On a également avancé qu'il ne serait sans doute pas approprié que la notification des mesures accordées à un représentant étranger intervienne trop tôt notamment si une décision définitive sur la reconnaissance n'avait pas encore été prise et s'il était encore possible que la reconnaissance soit refusée. On a craint à ce propos qu'une notification ou une publication prématurée ne porte de manière injustifiée atteinte à la réputation du débiteur, ainsi qu'à son aptitude à poursuivre ses activités commerciales; elle serait en outre contraire à la doctrine constitutionnelle des garanties de la procédure légale. Dans le même temps, il a été indiqué qu'une notification donnée trop tard risquerait de porter atteinte aux intérêts légitimes des créanciers et ne donnerait pas satisfaction aux créanciers, qui se plaignaient souvent de l'insuffisance des informations sur la procédure d'insolvabilité.

67. Il a également été avancé que l'on pourrait probablement supposer que, dans le cadre de la législation des faillites applicable et de la jurisprudence de la juridiction de la reconnaissance, Il existerait des dispositions appropriées en matière de notification et de publication; ainsi, cette question n'aurait peut-être pas à être traitée de manière très détaillée dans l'instrument qu'élaborerait la Commission. Toutefois, il serait peut-être utile d'énoncer quelques aspects fondamentaux de la question, car les approches retenues dans les lois nationales divergeaient et il serait peut-être bon de trouver un dénominateur commun minimum dans ce domaine. Différents exemples ont été donnés : ainsi, une loi nationale prévoyait que la publication ne se faisait qu'une fois que la décision définitive sur la reconnaissance était publiée. Le point de vue selon lequel il pourrait être utile de prévoir une notification plus précoce pour certains aspects a reçu un certain appui. On a avancé, par exemple, que, lorsqu'une mesure provisoire était adoptée consistant à geler un bien avant que la décision concernant la reconnaissance ne soit prise, il serait sans doute bon d'aviser directement les parties touchées par cette mesure.

68. Il est ressorti du débat qu'il serait sans doute bon de laisser au tribunal ordonnant la reconnaissance ou des mesures de protection particulières le soin de déterminer les exigences en matière de notification et de publication. En outre, il a été avancé que certaines mesures de protection devaient être conçues de manière à prendre effet dès la demande de reconnaissance et non après que la décision relative à la reconnaissance avait été prise; il s'agissait là d'une possibilité qui devait être prise en considération. On a de plus estimé dans l'ensemble que la disposition devrait prévoir l'accès du représentant étranger au tribunal ayant compétence pour ordonner la reconnaissance et les mesures de protection requises et, en particulier, que certaines mesures de protection devraient sans doute être prises par le tribunal dans des délais particulièrement brefs, peut-être dans le cadre d'une procédure non contradictoire. Il a été noté que de telles voies non contradictoires n'étaient pas inconnues de la plupart des systèmes juridiques et qu'elles donnaient en général la possibilité de notifier et de contester après l'étape non contradictoire initiale. (Voir également l'examen des questions liées à la notification, par. 84 à 87 et 170.)

69. Pour ce qui est de savoir quel tribunal dans un pays donné serait compétent, plusieurs facteurs pourraient être pris en compte, notamment la proximité des biens en question et le fait qu'un tribunal prié de prendre des mesures de protection d'urgence ne soit pas nécessairement le tribunal compétent pour accepter ou rejeter en dernière analyse la demande de reconnaissance. On a jugé dans l'ensemble que, du fait de la diversité de ces facteurs, il ne serait ni possible ni approprié, pour ces raisons, de faire référence à un tribunal ou des tribunaux particuliers dans l'instrument qu'élaborerait la Commission. On a toutefois jugé qu'il pourrait être utile de préciser que l'accès aux tribunaux devait être garanti et que les États adoptant l'instrument indiqueraient eux-mêmes quels tribunaux seraient compétents en la matière.

D. Procédures secondaires d'insolvabilité

70. Le Groupe de travail a ensuite abordé la question des incidences de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité distincte dans l'État de la reconnaissance sur la coopération judiciaire et l'accès aux tribunaux et sur la reconnaissance d'une procédure d'insolvabilité étrangère. Il a été noté que les effets de la reconnaissance d'une procédure étrangère pourraient être bloqués dans une certaine mesure par l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité distincte et, afin de limiter cet effet de blocage, diverses restrictions pourraient être imposées à l'ouverture de ces procédures distinctes (parfois désignées sous le nom de "procédures secondaires").

71. Il a été noté que l'on trouvait dans les systèmes juridiques divers moyens de relier ces procédures secondaires aux procédures étrangères; ainsi, du fait de l'existence de la procédure étrangère, il n'était parfois pas nécessaire de prouver l'insolvabilité du débiteur pour ouvrir une procédure secondaire. On pouvait établir un autre lien important entre ces procédures en autorisant le représentant étranger à demander l'ouverture d'une procédure secondaire ou accorder une préséance plus ou moins marquée à la procédure étrangère en limitant : le pouvoir d'ouvrir une procédure secondaire; le droit des créanciers de demander l'ouverture d'une telle procédure; et leur droit d'obtenir paiement au moyen du produit de la liquidation des biens dans le cadre de la procédure secondaire. L'attention du Groupe de travail a aussi été appelée sur un système dans lequel la reconnaissance d'une procédure étrangère déclenchait automatiquement l'ouverture d'une procédure secondaire.

72. Plusieurs observations ont été faites à propos de l'intérêt relatif des procédures secondaires. D'un côté, on a reconnu les inconvénients et les désavantages que ces procédures pourraient avoir par rapport à l'objectif à atteindre, qui était la reconnaissance des procédures étrangères d'insolvabilité et, de l'autre, on a insisté sur le fait que ces procédures pouvaient avoir un rôle positif. Cela dit, on a été généralement d'avis qu'il fallait, dans l'instrument à élaborer, admettre le phénomène de la pluralité éventuelle des procédures d'insolvabilité et non y résister. Au lieu de chercher à limiter les procédures secondaires, ce qui, a-t-on dit, ne serait pas judicieux pour les travaux de la Commission, encore que cela puisse l'être dans le cadre d'une convention régionale telle que le projet de l'Union européenne, on a estimé qu'il fallait chercher à faciliter le maximum de coopération et de coordination entre les procédures dans plus d'une juridiction. De l'avis général, cette approche rendrait le texte juridique à élaborer plus acceptable et, en même temps, permettrait à la Commission d'apporter une contribution concrète et efficace dans le domaine de l'insolvabilité transnationale.

73. Un certain nombre de considérations et de questions ont été émises, qui pouvaient avoir une incidence sur la teneur des dispositions à élaborer conformément à l'approche ci-dessus. Il était essentiel de savoir dans quelle mesure le texte juridique pourrait traiter en détail des modalités et procédures spécifiques de la coordination et de la coopération entre les procédures d'insolvabilité. Les aspects et techniques possibles de la coopération et de la coordination étaient les suivants : application du traitement national aux créanciers étrangers pour que les créanciers locaux ne bénéficient d'une préférence qu'en fonction de la nature de leurs créances et non en fonction de leur nationalité; échange de renseignements sur les procédures et les actifs du débiteur; devoir de coopération des administrateurs nommés dans le cadre des procédures; droit du représentant étranger d'intervenir dans les procédures locales; maintien des droits accordés au représentant étranger du moins jusqu'à l'ouverture effective des procédures locales; et non suspension de ces droits sur simple demande d'ouverture d'une procédure locale qui peut rester pendante pendant un certain temps; droit au rapatriement des biens et du produit de la liquidation locale; application du principe selon lequel un créancier dont la créance a été partiellement payée dans une procédure ne peut prétendre à un dividende pour la même créance dans une autre procédure tant que les autres créanciers de même rang ou de même catégorie n'ont pas obtenu dans cette autre procédure un dividende équivalent (principe désigné dans certaines juridictions sous le nom de "hotchpot").

74. L'attention du Groupe de travail a été appelée aussi sur diverses distinctions qui pourraient être faites dans les relations entre les procédures dans différentes juridictions. Il s'agirait de savoir, d'une part, comment déterminer la procédure qui serait réputée être la procédure "principale", par opposition aux procédures "secondaires", ce qui ne dépendrait pas nécessairement autant de l'ordre chronologique des procédures que de leur objectif et, d'autre part, si la procédure locale était ouverte exclusivement pour octroyer une assistance à une procédure étrangère, ou avait le caractère d'une véritable procédure d'insolvabilité locale.

75. Etant donné les différentes circonstances envisagées, pouvant avoir des incidences tant sur la nature de la coopération et de la coordination qui pourraient être établies que sur celle des différentes procédures

d'insolvabilité qui pourraient avoir lieu en parallèle, on a beaucoup soutenu l'idée que, dans le texte juridique, la Commission ne devrait pas chercher à faire de distinction précise, de nature hiérarchique, entre les procédures en cas de pluralité, ni à définir dans le détail le degré exact de coopération et de coordination entre ces procédures. Selon cette idée, au contraire, la Commission devrait affirmer le principe selon lequel il faut établir le maximum de coopération et de coordination et prévoir des dispositions législatives habilitantes à l'intention des juges disposés à coopérer dans tous les cas. On a rappelé à cet égard que c'était le manque de dispositions habilitantes dans de nombreuses juridictions qui faisait obstacle au traitement efficace des insolvabilités transnationales.

76. En même temps, l'idée a été avancée qu'une simple déclaration de principe incitant à la coopération et à la coordination pourrait être jugée insuffisante dans des systèmes juridiques qui chercheraient dans la législation des directives plus précises sur ce que les tribunaux pourraient faire pour répondre à des demandes de coopération ou de coordination. A ce propos, on a suggéré de se référer dans une liste indicative à certaines mesures fondamentales, telles que la communication de renseignements sur les actifs du débiteur, et à d'autres aspects de la coopération et de la coordination. On a aussi suggéré de mettre l'accent sur le devoir qu'auraient les administrateurs de coopérer, encore qu'on ait fait observer que ce serait toujours le tribunal qui garderait un rôle important, malgré le fait que dans certaines juridictions les administrateurs pourraient se voir confier une part relativement grande de la responsabilité de la mise en œuvre des activités de coopération. On a ajouté que la mesure dans laquelle il appartiendrait aux tribunaux d'établir les détails de la coopération serait tempérée par le fait que, selon toute probabilité, les mesures qu'ils adopteraient découleraient souvent en grande partie des demandes émanant des conseils.

E. Accès du représentant étranger

77. Il a été noté que, plus tôt dans le débat, il y avait eu convergence d'opinions sur l'opportunité de donner au représentant étranger un accès direct au tribunal compétent pour demander la reconnaissance et obtenir les mesures de protection voulues. A ce stade du débat, le Groupe de travail s'est intéressé à ce qui pourrait compléter ce principe général dans l'instrument juridique à établir. L'opinion largement partagée était qu'il fallait favoriser le maximum de souplesse possible dans le processus et aplanir au maximum les obstacles.

78. S'agissant d'une disposition concrète tenant compte des principes ci-dessus, on a beaucoup soutenu l'idée qu'une disposition sur le représentant étranger soit fondée, selon un processus simplifié, sur la preuve de la désignation dans la procédure étrangère. Cela pourrait se faire sur présentation d'une copie certifiée conforme du document de désignation dans la procédure d'insolvabilité étrangère. Cette méthode répondrait au critère de simplicité, tout en réglant les questions soulevées au cours du débat sur le fait que le tribunal de la reconnaissance souhaiterait avoir l'assurance que le représentant étranger a le pouvoir d'agir. Cette approche irait d'ailleurs dans le sens de celle qui a été utilisée dans le projet de Convention de l'Union européenne.

79. L'idée de demander au représentant étranger de prouver, au stade de la demande, que les actifs existaient dans la juridiction de la reconnaissance n'a recueilli aucun appui. On a estimé qu'imposer une telle exigence de base créerait un obstacle à l'objectif fondamental d'une demande d'accès et de reconnaissance, demande qui pourrait en fait viser à obtenir des renseignements sur le point de savoir si ces actifs étaient situés dans la juridiction de la reconnaissance.

F. Coopération judiciaire

80. Outre ce qui avait été examiné plus tôt au cours de la session à propos de l'opportunité d'encourager et de faciliter la coopération entre les juridictions participant à des insolvabilités transnationales, le Groupe de travail s'est intéressé au rôle que pourraient avoir les protocoles ou concordats ad hoc qui étaient parfois convenus par les parties et sanctionnés par les tribunaux et qui pourraient servir d'outil pour définir les modalités et les aspects précis de la coopération et de la coordination. De tels protocoles avaient été utilisés avec succès dans un certain nombre d'importantes affaires d'insolvabilité transnationale. On a ajouté que l'Association internationale du barreau (AIB) avait mis au point un modèle de concordat dont les parties pourraient s'inspirer pour formuler un protocole traitant, par exemple, de la désignation du for administratif et du choix de la loi applicable à certaines questions, dont l'annulation des transferts et les règles de priorité pour la répartition des actifs.

81. Le Groupe de travail a admis que les protocoles ad hoc pouvaient servir à définir le règlement méthodique des cas d'insolvabilité transnationale, et on est convenu que la Commission devrait, dans l'instrument à élaborer, éviter de dresser des obstacles à l'adoption de ces protocoles. En même temps, on a signalé que les protocoles pouvaient soulever certaines questions, dont celle de leurs incidences sur les droits que les divers créanciers cherchaient à faire valoir. A ce propos, il ne fallait pas considérer que ces protocoles privaient les différents créanciers de leurs droits. Il a été dit aussi que le modèle de concordat de l'AIB portait sur la question fondamentale du traitement des créances : les créances générales ou ordinaires seraient traitées au prorata de la même manière dans toutes les procédures et les créances prioritaires le seraient conformément à la loi de chaque juridiction participante.

82. A ce stade du débat, on pouvait aussi examiner la possibilité de recourir à la communication judiciaire pour renforcer la coopération. Les différents aspects de cette question étaient les suivants : le fait que les positions à l'égard des communications judiciaires pouvaient être différentes selon les systèmes juridiques, certains États les encourageant et d'autres les interdisant et mettant l'accent sur les moyens de communication par la voie diplomatique classique ou ceux qui étaient fondés sur les traités; la mesure, plus ou moins grande, dans laquelle les activités de coopération et les communications incomberaient aux administrateurs de l'insolvabilité des différentes juridictions participantes; le degré plus ou moins poussé de formalisme ou de simplicité qui pouvait intervenir dans ces communications suivant la position prise à cet égard par les systèmes juridiques; enfin, les garanties de procédure plus ou moins strictes qui pouvaient être exigées dans les communications, par exemple la présence obligatoire des parties, la notification obligatoire des communications aux parties et leur droit de participer, compte tenu du fait que la communication judiciaire pourrait fort bien découler des suggestions du conseil. Indépendamment des complexités de caractère juridique qui pourraient influencer sur la communication judiciaire, on a fait état des considérations linguistiques qui peuvent constituer un obstacle logistique.

83. La conclusion généralement admise à ce stade du débat sur la communication judiciaire était que, dans l'instrument à élaborer, la Commission devrait éviter de faire obstacle à ces communications.

G. Autres questions

1. Obligation des administrateurs de se communiquer des informations

84. Le Groupe de travail a examiné la mesure dans laquelle, dans l'instrument à élaborer, la Commission pourrait traiter de ce qui a été signalé comme étant un problème fréquent dans le cadre de l'insolvabilité transnationale, à savoir que les créanciers étaient informés tardivement ou n'étaient pas informés du tout de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dans un autre pays. A titre général, on a aussi signalé à ce propos que les procédures classiques de notification risquaient de ne pas être adaptées au contexte transnational, les créanciers étrangers pouvant être handicapés par des facteurs tels que la langue, l'éloignement géographique et le manque de connaissance des procédures étrangères. De plus, il y avait des différences entre les systèmes nationaux quant à la question de savoir si l'administrateur avait l'obligation de rechercher les créanciers. Certains systèmes nationaux obligeaient l'administrateur à les rechercher et à convenir du montant à payer, alors que d'autres imposaient cette charge essentiellement aux créanciers, aucune obligation n'étant faite à l'administrateur de faire une réserve pour les créances qui n'étaient pas produites.

85. Par référence aux dispositions sur la notification du projet de convention de l'Union européenne, de la Convention d'Istanbul et de certaines législations nationales, le Groupe de travail a relevé plusieurs éléments qui pourraient être retenus dans un système de notification adapté au contexte transnational et qui consisteraient à fournir des explications supplémentaires sur les procédures étrangères, à indiquer en particulier si une assemblée de créanciers aurait lieu et si le fait de ne pas y assister entraînerait renonciation à une créance, et à fournir d'autres informations sur la production des créances; à accorder aux créanciers étrangers un délai supplémentaire pour la production des créances; à établir des formulaires multilingues d'invitation à produire les créances et à autoriser à les remplir dans des langues étrangères; enfin, à permettre que les créances soient produites par écrit depuis l'étranger.

86. A propos de la notification, on a reconnu qu'il y aurait des limites à la précision et à la nature réglementaire de la disposition qu'on pourrait chercher à faire figurer dans le texte juridique de la Commission. De l'avis

général, il serait possible d'affirmer que les créanciers étrangers devraient être avisés de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et, peut-être, prévoir une déclaration de principes pour faciliter leur participation.

87. A un niveau plus précis, l'idée de prévoir une disposition énonçant les renseignements à fournir sur les procédures étrangères n'a soulevé aucune objection, cette idée pouvant contribuer utilement à la normalisation internationale des procédures de notification. Selon une opinion, la note devrait être adressée aux créanciers étrangers en même temps que celle qui serait destinée aux créanciers locaux dans la procédure étrangère. A propos de la langue utilisée, une disposition tendant à demander au représentant étranger d'envoyer cette note rédigée dans une langue étrangère n'a pas recueilli un appui très ferme, de crainte d'imposer une charge excessive au représentant si on faisait de cette obligation un principe général.

2. Obligation des administrateurs de se communiquer des informations

88. On a généralement reconnu que la communication d'informations entre les administrateurs de procédures d'insolvabilité transnationale faciliterait la coopération et la coordination dans ce domaine. Ces informations pourraient porter, par exemple, sur la liste des créanciers admis et des actifs liquidés. L'échange d'informations a été jugé fort souhaitable, mais plusieurs participants ont pensé qu'il serait difficile d'arrêter et de formuler une disposition qui irait au-delà de la déclaration relativement vague d'une obligation de communiquer des informations. De plus, selon une opinion, une telle obligation pourrait entraîner des complications dans la mesure où les représentants étaient des hommes de loi soumis aux contraintes liées au rapport privilégié qui existe entre eux et leurs clients.

3. Péréquation du paiement des créances

89. Le Groupe de travail a noté qu'un des principes fondamentaux de la coordination et de l'équité dans l'administration des insolvabilités transfrontières était le suivant : un créancier dont la créance a été partiellement payée dans une procédure ne peut prétendre à un dividende pour la même créance dans une autre procédure tant que les autres créanciers de même rang ou de même catégorie n'ont pas obtenu dans cette autre procédure un dividende équivalent (règle du "hotchpot"). Il a été dans l'ensemble jugé souhaitable et possible de faire référence à ce principe.

90. Le Groupe de travail s'est également demandé s'il faudrait traiter, dans l'instrument à élaborer, d'une autre technique utilisée pour veiller, dans la mesure du possible, à ce que certains créanciers ne bénéficient pas d'un avantage indu sur d'autres créanciers lors de la liquidation. Cette technique permettait à un représentant de produire également dans une autre procédure les créances découlant de sa propre procédure.

91. On s'est demandé si une telle approche était en fait le seul moyen, ou le meilleur moyen, d'assurer une répartition équitable. Une autre solution, peut-être plus efficace, consisterait à adopter une approche comptable supposant un ajustement des créances. Il a été avancé qu'une telle approche serait sans doute plus efficace, car elle n'avait pas à être déclenchée par une mesure que prendraient les représentants, et l'instrument à élaborer devrait donc en tenir compte également, outre la possibilité d'une "production croisée" (*cross-filing*) des créances. A l'appui de l'inclusion de la technique de la "production croisée", il a été souligné que cette technique était transparente et revêtait une importance particulière pour les petits créanciers, car il leur serait ainsi possible de faire valoir leurs créances sans avoir à engager un conseil local dans la procédure étrangère.

92. Référence a été faite durant le débat à une autre technique employée pour assurer la péréquation des paiements aux créanciers, à savoir la restitution ou le remboursement du montant reçu par un créancier dans le cadre d'une action individuelle engagée pour faire valoir une créance sur les biens du débiteur. Si aucune objection de fond n'a été émise à propos de ce principe, car il s'agissait sans doute d'un outil particulièrement efficace pour assurer une péréquation, on a hésité à envisager de telles mesures, qui seraient normalement traitées en application de la législation locale au titre de la liquidation des créances. Il a en outre été noté que, si cette restitution n'entrait peut-être pas dans le champ d'application de l'instrument qu'élaborerait la Commission, elle entrait sans doute dans celui d'une convention régionale (projet de convention de l'Union européenne, art. 20-1).

93. Les participants ont estimé de même qu'il serait sans doute difficile de mentionner le principe, désigné sous le nom de "marshalling", selon une interprétation duquel les créanciers seraient tenus, dans l'exercice de leurs

droits relatifs aux avoirs, de causer le moins de préjudice possible à certaines autres classes de créanciers. Si ce principe n'a pas été mis en cause, il a été jugé difficile à appliquer et il risquerait de susciter des questions sur le point de savoir à quoi les créanciers auraient droit en cas de perte effective et s'ils seraient habilités à demander des dommages-intérêts non pécuniaires. Il a également été noté qu'il y avait différentes conceptions du "marshalling".

III. EXAMEN DES PROJETS PRÉLIMINAIRES DE DISPOSITIONS

94. Comme suite à l'examen des questions présentées dans le document A/CN.9/WG.V/WP.42, le Groupe de travail a examiné certains projets préliminaires de dispositions élaborés par le petit groupe de travail spécial qu'il avait constitué.

A. Définition de la "procédure étrangère"

95. Le projet de disposition était libellé comme suit :

"Le terme *procédure étrangère* désigne une procédure judiciaire ou administrative ouverte dans un pays étranger ayant pour objet de liquider les biens d'un débiteur en vue de leur distribution à ses créanciers ou de procéder au règlement des dettes d'un débiteur envers ses créanciers.

Variante A

Une procédure étrangère est présumée avoir été ouverte comme il convient, sauf preuve contraire.

Variante B

Le débiteur dans une procédure étrangère ne peut être qu'une personne physique ou une personne morale qui a son domicile, son établissement [principal] ou ses biens [principaux] dans le pays étranger [et qui n'est pas soumise aux dispositions en matière de liquidation en vertu des lois du présent pays]."

96. L'examen de ce projet de définition a fait apparaître que l'on estimait en général que la "procédure étrangère" à reconnaître devait, pour l'essentiel, présenter trois caractéristiques : être une procédure d'insolvabilité au sens large, de manière à couvrir à la fois les procédures de liquidation et les procédures de redressement; être une procédure collective, en ce sens que la masse des créanciers serait représentée; et être une procédure officiellement sanctionnée, d'une manière ou d'une autre, soit par un tribunal, soit une autorité administrative. Dans le même temps, il a été jugé que certaines questions visées dans cette définition pourraient être traitées dans une disposition relative au champ d'application de l'instrument à élaborer.

Chapeau

97. On a avancé que les mots "procéder au règlement des dettes d'un débiteur" ne seraient peut-être pas compris dans tous les pays comme faisant référence à une procédure de redressement, que l'on voulait inclure dans le champ d'application.

98. Il a été proposé d'inclure d'autres éléments dans la définition de la procédure étrangère. Selon un avis, il faudrait utiliser l'adjectif "collective" pour décrire la procédure. Selon un autre avis, cela ne suffirait pas et il serait plus clair de faire référence, en tant que dénominateur commun, à l'égalité de traitement ("*pari passu*") des créanciers non titulaires de sûretés. Toutefois, on s'est demandé si cette référence ne risquerait pas d'être comprise comme excluant les procédures faisant intervenir des créanciers titulaires de sûretés. Il a également été proposé de faire référence à une procédure "ouverte et existante", afin de ne pas englober les simples demandes. En outre, il a été proposé que d'autres éléments soient éventuellement inclus dans la définition, notamment l'idée selon laquelle le débiteur, du fait de l'ouverture de la procédure étrangère, devait être dessaisi, c'est-à-dire perdre le contrôle de ses biens. On a toutefois craint qu'une telle référence ne soit comprise différemment selon les États et ne conduise par erreur à exclure les procédures dans lesquelles le débiteur restait en place et en possession de ses biens, bien que ses activités soient soumises au contrôle ou à l'approbation d'un tribunal. Durant le débat sur les principaux éléments qui pourraient être mentionnés dans la définition, le Groupe

de travail a été instamment prié d'adopter une approche qui soit aussi large que possible et d'éviter d'inclure dans la définition un nombre de conditions, tel qu'elle en viendrait à entraver l'objectif visé, qui était de faciliter la reconnaissance des procédures étrangères d'insolvabilité.

Variantes A et B

99. Le Groupe de travail a ensuite examiné les variantes, qui incorporaient deux approches possibles pour déterminer si le tribunal étranger était compétent pour ouvrir la procédure dont la reconnaissance était demandée. La variante A se fondait sur la proposition selon laquelle il suffirait de présumer, sauf preuve contraire, que, d'un point de vue juridictionnel, la procédure étrangère avait été ouverte valablement. La variante B consistait à évaluer la compétence de la juridiction étrangère à la lumière d'un facteur de rattachement ou d'un autre.

100. Il a été noté que les variantes A et B n'étaient pas nécessairement concurrentes, car l'approche énoncée dans la variante A pouvait elle-même aboutir à une évaluation par le tribunal fondée sur les facteurs mentionnés dans la variante B.

101. Pour ce qui est de la variante A, on a craint que les mots "ouverte comme il convient" ne soient source d'incertitudes, car leur sens n'était pas clair. Il a été répondu que la procédure étrangère devait être considérée comme ayant été ouverte comme il convient, si elle était traitée de la sorte dans la juridiction d'origine.

102. Durant le débat, il a été avancé qu'à un moment ou un autre de la préparation de l'instrument juridique par la Commission, il faudrait étudier si une pluralité de procédures étrangères pourrait être reconnue en vertu des règles énoncées.

103. Pour ce qui est de la variante B, il a été noté que la référence à l'établissement "principal" du débiteur risquait de poser des problèmes car, de nos jours, il pouvait être difficile de déterminer, dans le cas d'une entité multinationale, lequel de ses différents établissements importants devrait être considéré comme l'établissement "principal". Il a également été jugé que cette référence risquait d'avoir la conséquence suivante : après la reconnaissance initiale d'une procédure sur la base du critère de l'établissement principal, une demande pourrait être faite ultérieurement auprès d'une autre juridiction sur la base du même critère. Divers intervenants ont jugé que, pour ces raisons, une approche du type de celle énoncée dans la variante A serait préférable car elle constituait un moyen efficace de déterminer comme il convient la compétence de la juridiction étrangère.

104. Afin de développer encore la formulation retenue dans la variante A, il a été proposé que la présomption de l'ouverture valide d'une procédure étrangère soit libellée de manière à exclure les procédures dans lesquelles il n'y avait pas de liens substantiels entre le débiteur et la juridiction étrangère.

105. Par la suite, et compte tenu du débat résumé ci-dessus, le Groupe de travail a étudié la nouvelle révision ci-après du projet de définition de la "procédure étrangère" :

- "1. Le terme *procédure étrangère* désigne une procédure judiciaire ou administrative ouverte en application d'une loi sur l'insolvabilité dans un pays étranger, dans laquelle le débiteur est soumis au contrôle ou à la supervision d'une personne, d'un organe ou d'une autorité compétents aux fins :
 - a) du redressement des affaires du débiteur, ou
 - b) de la liquidation des biens du débiteur.
2. Aux fins de la présente loi, le terme *procédure étrangère* n'inclut pas une procédure dans laquelle il n'y a pas de lien substantiel entre le débiteur et la juridiction dans laquelle la procédure a été ouverte."

Paragraphe 1

106. De l'avis général, la version révisée du paragraphe 1 représentait un net progrès dans l'élaboration d'une disposition qui pourrait être largement acceptée. On a noté, en particulier, qu'il y était explicitement fait mention de la notion de procédure "collective". En outre, cette disposition faisait désormais allusion à la procédure

d'insolvabilité étrangère comme étant en application de la législation sur l'insolvabilité du pays étranger considéré. On a fait observer que cela éviterait au tribunal de la reconnaissance d'avoir à décider à nouveau si la procédure ouverte était bien une procédure d'insolvabilité.

107. Un certain nombre de préoccupations et de suggestions ont toutefois été exprimées. L'une de ces préoccupations était motivée par le fait que les termes "contrôle ou supervision" ne suffiraient peut-être pas à indiquer clairement que l'on entendait ainsi désigner une autorité de l'État. On s'est aussi inquiété du fait que l'ordre dans lequel il était fait mention du redressement et de la liquidation n'était peut-être pas approprié et devrait être inversé en raison de la préférence traditionnelle pour la liquidation observée dans diverses juridictions. Pour justifier l'ordre retenu, on a signalé que la tendance en faveur des tentatives de redressement s'accroissait; de ce fait, l'ordre actuel pourrait donc être maintenu, d'autant plus qu'il représentait un enchaînement logique des mesures pouvant être prises.

108. Il a été proposé d'ajouter, au paragraphe 1, une référence au concordat, c'est-à-dire à la procédure dans laquelle l'insolvabilité est réduite sans que le débiteur perde le contrôle de ses biens. Le Groupe de travail a hésité à ajouter une mention aussi précise. Selon un avis en ce sens, le terme "redressement" dans son sens large, qui pouvait être considéré comme de caractère économique plutôt que juridique, serait généralement compris comme englobant le concordat et autres procédures du même ordre. On a estimé que l'adjonction d'une référence spécifique à toute forme particulière de redressement risquerait en fait d'être une source d'incertitudes. Par ailleurs, on a fait observer qu'en voulant dresser une liste des procédures de redressement, on courait le risque d'exclure certains types de procédures que l'on entendait inclure. Tout en s'accordant à reconnaître qu'il conviendrait d'inclure le concordat dans la définition, le Groupe de travail n'était pas disposé à décider de manière définitive quel serait le meilleur moyen d'atteindre ce résultat et il a renvoyé l'examen de cette question à un stade ultérieur de ses travaux. L'une des solutions envisagées consisterait à inclure une définition du terme "redressement" ou à s'y référer dans un guide pour l'incorporation de l'instrument envisagé.

109. Un certain nombre de suggestions ou de questions d'ordre rédactionnel ont été formulées ou soulevées : on pourrait supprimer le terme "organe", qui risquait d'être confus et qui, en tout état de cause, était déjà inclus dans les termes "personne ou autorité", préciser que les termes "contrôle ou supervision" désignaient les biens et non la personne même du débiteur, et enfin préciser que le redressement pourrait s'appliquer à la fois aux biens et aux affaires du débiteur. Au cours des débats, on a de nouveau soulevé la question de savoir si l'intention était d'appliquer la procédure telle que définie à l'insolvabilité des personnes physiques de manière à englober les insolvabilités de consommateurs.

Paragraphe 2

110. De l'avis général, le paragraphe 2 se référait à une règle relative à la reconnaissance d'une procédure étrangère et non à un élément à inclure dans une définition de la "procédure étrangère"; la question pourrait donc être traitée dans une autre disposition. Selon un autre avis, le fait de déclarer que le terme "procédure étrangère" n'inclut pas une procédure dans laquelle il n'y a pas de lien substantiel avec la juridiction étrangère serait source de confusion car, avec ou sans lien avec la juridiction étrangère, la procédure émanerait d'une telle juridiction.

B. Définition de "représentant étranger"

111. Le Groupe de travail a examiné l'avant-projet ci-après de définition du terme "représentant étranger" :

"Le terme *représentant étranger* désigne un syndic, administrateur ou autre représentant d'une masse de biens dûment désigné dans une procédure étrangère, qui a été [expressément] autorisé par la loi ou par ordre d'un tribunal (organisme administratif) à agir dans le cadre d'une procédure étrangère portant sur le débiteur ou ses biens."

112. On s'est inquiété du fait que la définition du terme "représentant étranger" par référence à divers termes et titres spécifiques utilisés dans diverses juridictions risquait d'être une source d'incertitudes dans les juridictions où ces expressions n'étaient pas habituelles et risquait, ce qui n'était pas le but recherché, d'être trop restrictive étant donné que cette liste serait inévitablement incomplète. Une autre solution, qui a été appuyée, consisterait à fonder la définition sur les fonctions du représentant étranger, selon la formule utilisée aux alinéas *b)* et *d)* de

l'article 2 du projet de convention de l'Union européenne. On a aussi fait observer que cette solution serait en harmonie avec l'approche fonctionnelle adoptée pour la définition du terme "procédure étrangère".

113. Il a expressément été demandé au Groupe de travail d'éviter d'inclure le terme "expressément" dans la définition étant donné qu'il serait inhabituel pour un État de désigner en cas d'insolvabilité un représentant judiciaire expressément désigné pour agir à l'étranger. On a fait observer que les représentants ou administrateurs étaient plutôt désignés avec le pouvoir général d'agir au sujet du débiteur et de ses biens.

114. A l'issue de cette discussion et compte tenu des opinions exprimées, le Groupe de rédaction officieux a révisé comme suit le projet de disposition :

"Le terme **représentant étranger** désigne une personne ou un organe dûment désigné dans une procédure étrangère, qui est autorisé par la loi, par un tribunal ou par une autre autorité compétente à agir pour ce qui est des biens ou des affaires du débiteur."

115. La définition révisée du terme "représentant étranger" a, dans l'ensemble, été jugée acceptable dans son principe. Un certain nombre de préoccupations ont toutefois été exprimées quant à sa formulation précise. On s'est inquiété notamment de l'élément d'incertitude introduit par les mots "à agir pour ce qui est des biens ou des affaires du débiteur" étant donné que, dans diverses juridictions, un certain nombre de personnes pourraient être autorisées "à agir pour ce qui est" des biens ou des affaires du débiteur sans être nécessairement des représentants d'une procédure d'insolvabilité. Ces personnes pourraient être, par exemple, des juges, des comptables et des commissaires. Afin de répondre à cette préoccupation, il a été suggéré de remplacer les mots "à agir pour ce qui est des biens ou des affaires du débiteur" par une expression du genre : "à administrer ou à contrôler les biens du débiteur dans le cadre de la procédure de redressement ou de liquidation". On a fait objection à cette suggestion car elle risquait par inadvertance d'aboutir à l'exclusion des procédures du type "débiteur en possession" ou "suspension des paiements" dans lesquelles le débiteur gardait le contrôle de ses biens et pourrait techniquement être considéré comme exerçant des fonctions de type administratif, tout en étant placé sous la surveillance d'une autorité judiciaire ou administrative. Une autre suggestion visant à garantir que ce type de procédure ne serait pas exclu consisterait à faire référence à l'exercice des pouvoirs d'administration ou de contrôle sur les biens ou les affaires du débiteur étant donné que, comme il a déjà été noté, le "débiteur en possession" pourrait exercer de tels pouvoirs. On a aussi fait objection à cette suggestion pour le motif que toute référence à l'administration et au contrôle ne désignait pas de manière suffisamment précise les personnes ou les organes dont il s'agissait.

116. A l'issue d'un débat, le Groupe de travail a décidé qu'un membre de phrase du genre "personne ou organe désigné ... pour redresser les biens ou les affaires du débiteur, ou pour liquider les biens du débiteur" suffirait peut-être à répondre aux préoccupations exprimées, en particulier celle selon laquelle il convenait de préciser qu'étaient inclus les représentants de procédures du type "débiteur en possession" ou "suspension de paiement" dans lesquelles le débiteur garde le contrôle de ses biens.

117. On s'est aussi inquiété de ce que le terme "dûment" risquait de donner l'impression que le tribunal de la reconnaissance pouvait refuser de reconnaître un représentant étranger en faisant valoir que sa nomination n'était pas conforme aux règles de procédure de la juridiction d'origine. Selon l'avis qui a prévalu, cette disposition ne visait pas à saisir le tribunal du pays de la reconnaissance de cet aspect de la question et que le terme "dûment" devrait donc être supprimé.

C. Coopération judiciaire

118. Le Groupe de travail a examiné le projet préliminaire de disposition sur la coopération judiciaire qui était libellé comme suit :

"1. Lorsqu'une procédure collective d'insolvabilité a été ouverte par les tribunaux du présent pays et les tribunaux d'un autre pays, le tribunal est habilité à coopérer avec l'autre tribunal afin d'assurer une administration efficace de l'actif et du passif du débiteur.

2. L'administrateur se conforme à tout ordre du tribunal ayant pour objet d'assurer la coopération prévue ci-dessus.
3. La coopération entre [les tribunaux] s'entend sous réserve
 - a) des exigences de procédure du tribunal;
 - b) de la protection due aux créanciers locaux contre tout préjudice ou inconvénient injustifié;
 - c) des considérations d'ordre public."

119. Il a été rappelé que cette disposition avait été élaborée pour donner effet à l'avis émis par le Groupe de travail durant la phase initiale des débats (voir par. 75 et 76), selon lequel il serait nécessaire de rédiger une disposition sur la coopération judiciaire afin de traiter du phénomène de la pluralité des procédures. Il a été noté qu'une disposition sur la question serait particulièrement utile aux juges dans les juridictions qui ne disposaient pas actuellement d'un cadre législatif pour la coopération judiciaire ou d'une autorisation en la matière et où cette lacune constituait un obstacle aux mesures judiciaires de coopération. Durant le débat sur les aspects particuliers du projet d'article, diverses questions présentées ci-dessous ont été abordées. Le Groupe de travail a été instamment prié, durant l'examen de ces questions, de garder présent à l'esprit l'objet essentiel de cette disposition, qui devait être une disposition habilitante de base permettant la coopération judiciaire, cette dernière étant, quant à elle, un des principaux objectifs du projet.

Paragraphe 1

120. Des questions ont été posées à propos des différents contextes possibles dans lesquels le projet de disposition devait s'appliquer. Selon le champ d'application envisagé de la disposition, ces contextes pourraient être les suivants : cas où il y avait une procédure principale et une ou plusieurs procédures secondaires, ces dernières étant dans une certaine mesure subordonnées à la procédure principale, ou limitées du fait de cette procédure; cas de procédures parallèles pour chacune desquelles la primauté est revendiquée; et cas d'une procédure "accessoire" ouverte dans une juridiction afin de fournir une assistance à une procédure étrangère. On a jugé que le fait que ces questions aient été posées durant le débat, non seulement avait des incidences sur la teneur de la disposition, mais faisait également apparaître qu'il serait sans doute nécessaire de traiter plus en détail, à un stade ultérieur, de la question de savoir si - et comment - l'instrument envisagé pourrait traiter de manière plus complète de la question de la pluralité des procédures. On pourrait ainsi se demander comment une procédure pourrait se voir accorder la primauté sur une autre. On a également avancé qu'il ne serait peut-être pas nécessaire de s'étendre sur ces aspects, du moins dans le cadre de la disposition sur la coopération judiciaire, car il s'agissait essentiellement de proclamer le principe général de la coopération; les mesures particulières qui seraient prises par la suite incomberaient alors au tribunal, compte tenu des circonstances particulières de l'espèce.

121. Pour ce qui est du type de contexte dans lequel s'appliquerait la disposition sur la coopération judiciaire, il a été noté que cette disposition visait pour l'essentiel le cas où plusieurs procédures se déroulaient simultanément. Elle ne visait pas expressément le cas des procédures accessoires; aussi le Groupe de travail a-t-il été instamment prié d'envisager d'élargir à ces procédures le champ de la disposition, demande qui n'a suscité aucune objection.

122. Il a été demandé s'il serait souhaitable, voire possible, de définir les mesures qui pourraient être incluses dans la notion de "coopération". S'il a été dans l'ensemble jugé qu'une telle précision serait utile, notamment dans les juridictions où les juges exigeraient qu'on leur donne une indication des mesures qu'ils étaient habilités à prendre, des doutes ont été exprimés quant à l'inclusion d'une définition de la "coopération". On craignait que cela ait pour effet malencontreux de réduire la souplesse dont pouvaient faire preuve les juges et donc de limiter leur aptitude à adapter ces mesures aux circonstances des différents cas dont ils étaient saisis, ce qui restreindrait la portée de la coopération.

123. Toutefois, dans le même temps, le Groupe de travail a estimé dans l'ensemble que l'on pourrait trouver un moyen de répondre au vœu de ceux qui souhaitaient décrire la coopération ou indiquer ce que l'on entendait par ce terme, sans pour autant compromettre la souplesse nécessaire pour que la coopération puisse, dans chaque cas, être véritablement adaptée aux circonstances. Aussi le Groupe de travail a-t-il accueilli favorablement la

proposition selon laquelle il faudrait s'efforcer d'inclure une liste indicative ou illustrative, c'est-à-dire non exhaustive, des mesures de coopération possibles.

124. Pour ce qui est de la définition de ce que pourrait être la coopération dans un cas donné, l'attention du Groupe de travail a été appelée sur le point suivant : un des moyens par lesquels la coopération entre les tribunaux pouvait être structurée consistait en l'approbation par les tribunaux d'un protocole spécial concernant divers aspects de la coordination et de l'établissement de la coopération entre les tribunaux et les parties intéressées. Il a été noté que le Concordat élaboré par l'Association internationale du barreau constituait un modèle d'accord en la matière.

Paragraphe 2

125. Plusieurs participants sont intervenus pour préciser quel était l'objectif du paragraphe 2 et à qui il s'appliquait. En particulier, on s'est demandé si l'obligation de l'administrateur de se conformer aux ordres du tribunal ayant pour objet d'assurer la coopération s'appliquait à un administrateur nommé par le tribunal de la reconnaissance, ou éventuellement aussi à l'administrateur étranger qui était reconnu.

126. A la suite de ces questions, on a signalé que le paragraphe 2 répondait initialement à l'idée d'aider un tribunal à communiquer par l'intermédiaire de l'administrateur local qu'il avait nommé lorsqu'il risquait de ne pas être en mesure de le faire directement avec ce tribunal de la juridiction étrangère. Telle qu'elle était libellée, la disposition s'appliquait au tribunal local et à l'administrateur du tribunal de la reconnaissance. En même temps, on a reconnu qu'en matière de coopération et de coordination certaines juridictions ne conféraient pas la responsabilité première aux tribunaux, mais qu'elles accordaient une importance particulière au rôle des administrateurs. On a suggéré de tenir compte de cette approche en insistant aussi sur l'obligation des administrateurs de coopérer et d'élargir le champ d'application du paragraphe 2 à l'administrateur étranger.

127. La suggestion tendant à élargir l'application du paragraphe 2 aux représentants étrangers n'a pas soulevé de véritable objection. Cependant, il a été déclaré qu'à un certain endroit du texte à élaborer, il faudrait prévoir la possibilité d'une "comparution limitée" du représentant étranger. Ainsi, la comparution du représentant étranger devant un tribunal étranger ne l'exposerait pas à la pleine juridiction du tribunal de la reconnaissance, et n'exposerait pas non plus les actifs qu'il contrôlerait. On est convenu qu'il s'agissait d'un point qui, étant donné son importance pour les questions fondamentales d'accès et de reconnaissance, devait être examiné plus à fond qu'il ne serait possible de le faire à la session en cours, ce dont il ne fallait pas déduire qu'il faudrait attendre nécessairement l'issue de cet examen pour progresser dans l'élaboration d'un projet de disposition sur la coopération judiciaire.

128. En ce qui concerne la rédaction, on pourrait reformuler le paragraphe 2 de manière à se référer à l'autorisation donnée au tribunal d'émettre des ordres ayant pour objet d'assurer la coopération, et non au respect de ces ordres par les administrateurs. On aurait ainsi un moyen d'éviter de préciser à qui s'appliquerait l'article et de répondre aux questions connexes qui ont été soulevées plus haut (voir par. 125 et 126). La disposition pourrait être aussi reformulée de manière à en éviter une interprétation qui ne serait pas voulue, à savoir que l'administrateur pourrait décider de ne pas respecter les instructions du tribunal qui n'étaient pas jugées servir à assurer la coopération.

129. Un dernier point a été soulevé au cours du débat sur le paragraphe 2 : le Groupe de travail pourrait probablement s'engager dans un débat mieux défini sur les questions qui ont été soulevées dès qu'il serait saisi d'une disposition généralement plus élaborée sur la coopération judiciaire, compte tenu des observations qui avaient été faites au cours de la discussion sur le paragraphe 1.

Paragraphe 3

130. On a soutenu l'idée d'inclure une disposition allant dans le sens du paragraphe 3, dont on a dit qu'elle garantirait que le texte juridique en cours d'élaboration répondrait au souci de ne pas porter préjudice aux droits des créanciers locaux et de tenir compte des intérêts de la procédure et de l'ordre public de l'État requis.

131. A propos du libellé du paragraphe 3, on a indiqué que la référence aux limitations susceptibles d'être apportées à la coopération aux termes des alinéas *a)*, *b)* et *c)* pourrait être utilement précisée de manière à faire bien comprendre, comme on en avait l'intention, qu'il s'agissait de limitations possibles de la coopération, et non de facteurs qui imposeraient cette coopération. On a insisté sur le fait que, dans toute nouvelle formulation, il faudrait se garder de donner à entendre qu'il faudrait suspendre toute coopération dès l'instant où a été décelée une incohérence possible, aussi mineure fût-elle, avec la procédure locale, les intérêts des créanciers locaux ou l'ordre public.

132. Une question a été posée au sujet du sens de la référence de l'alinéa *b)* à la protection des créanciers locaux contre "tout préjudice ou inconvénient injustifié". On a répondu que si, de par sa nature même, toute insolvabilité était source de préjudices ou d'inconvénients pour les créanciers, la disposition visait à assurer que les États qui adopteraient le texte juridique ne seraient pas empêchés de protéger leurs créanciers locaux contre la discrimination ou un inconvénient particulièrement lourd. A titre d'exemple, on a cité le cas où les créanciers locaux seraient empêchés de produire leurs créances dans la procédure étrangère.

133. On s'est aussi demandé si l'alinéa *b)* était vraiment nécessaire, car la notion de protection des créanciers locaux pourrait être comprise dans la référence à l'ordre public qui figurait à l'alinéa *c)*. Bien que l'on ait reconnu qu'il pourrait être concevable de tronquer ainsi la disposition, on a été dans l'ensemble d'avis qu'il était souhaitable, étant donné son objectif spécifique, de la séparer de la référence générale à l'ordre public.

D. Effets de la reconnaissance

134. Le Groupe de travail a examiné le projet préliminaire de disposition sur les effets de la reconnaissance qui était libellé comme suit :

- "1. La reconnaissance d'une procédure étrangère par une autorité compétente
 - a)* a pour effet de suspendre
 - i) l'ouverture ou la poursuite d'une action judiciaire, administrative ou privée contre le débiteur ou ses biens, à l'exception des procédures collectives de liquidation ou d'apurement des dettes ("procédures locales"), et
 - ii) le transfert de tout intérêt sur des biens par le débiteur;
 - b)* autorise le représentant étranger, sous réserve de considérations d'ordre public, à exiger du débiteur ou d'autres personnes des attestations ou la fourniture d'informations écrites ou électroniques concernant les actes, la conduite, les biens et les obligations du débiteur;
 - c)* autorise le représentant étranger à prendre en charge et à gérer les biens du débiteur, sous réserve des droits réels sur ces biens;
 - d)* autorise le représentant étranger à intervenir dans la procédure locale;
 - e)* autorise le représentant étranger à demander au tribunal toute autre mesure provisoire appropriée pouvant être accordée à un liquidateur en vertu de la loi de la juridiction dans laquelle la procédure étrangère a été ouverte (sauf interdiction par la loi locale) [et de la juridiction dans laquelle la procédure limitée a été ouverte], sous réserve dans tous les cas
 - i) des exigences de procédure du tribunal ou de l'autorité;
 - ii) de la protection due aux créanciers locaux contre tout préjudice ou inconvénient injustifié;
 - iii) des considérations d'ordre public.

2. La reconnaissance d'une procédure étrangère continue de produire ses effets tant que le tribunal local compétent ou l'autorité locale compétente ne les modifie pas ou n'y met pas fin.
3. Un représentant étranger peut demander directement la reconnaissance d'une procédure étrangère et des mesures provisoires à un tribunal compétent ou une autorité compétente.
4. Lorsqu'il est approprié de protéger les biens ou les intérêts des créanciers, des mesures provisoires peuvent être accordées sur la demande d'un représentant étranger, étant entendu que notification de ces mesures sera donnée conformément aux instructions du tribunal. A moins que le tribunal ou l'autorité n'en décide autrement, une ordonnance de mesures provisoires produit ses effets tant qu'il n'est pas répondu à la demande de reconnaissance de la procédure étrangère."

135. Sachant qu'il examinerait plus avant les bases sur lesquelles la reconnaissance serait accordée, le Groupe de travail a noté que la disposition ci-dessus visait à concrétiser les résultats du débat sur les effets à attribuer à la reconnaissance de la procédure étrangère d'insolvabilité (voir par 54 à 59). Conformément aux suggestions qui avaient reçu un accueil favorable au sein du Groupe de travail, le projet d'article se fondait sur une approche double : les alinéas *a)* à *d)* du paragraphe 1 énonçaient les effets qui se produiraient automatiquement dès la reconnaissance de la procédure étrangère, alors que l'alinéa *e)* offrait au tribunal de la reconnaissance la possibilité d'accorder d'autres formes de mesures appropriées compte tenu des circonstances de l'espèce. L'octroi de ces mesures additionnelles était soumis à des conditions : compatibilité avec les exigences de procédure locales, protection des créanciers locaux contre tout préjudice ou inconvénient injustifié, et ordre public.

136. Le projet de texte comportait d'autres éléments : une disposition, énoncée au paragraphe 2, indiquant que la reconnaissance continuait de produire ses effets tant que le tribunal compétent ou l'autorité compétente ne les modifiait pas ou n'y mettait pas fin; le droit conféré en vertu du paragraphe 3 au représentant étranger de demander directement la reconnaissance au tribunal compétent ou à une autre autorité; et une disposition, énoncée au paragraphe 4, permettant d'obtenir des mesures provisoires ou conservatoires au cas où de telles mesures seraient justifiées.

Paragraphe 1

Alinéa a)

137. Diverses observations, tant sur le fond que sur la forme, ont été faites concernant la disposition relative à la suspension énoncée à l'alinéa *a)*. Il a été noté que la référence à la suspension au sous-alinéa *i)* serait peut-être difficilement acceptable par les juridictions dans lesquelles l'exécution des créances de créanciers titulaires de sûretés n'était pas soumise à la procédure d'insolvabilité : ainsi, ces actions en exécution étaient exonérés des mesures de suspension de l'exécution de créances individuelles. Selon un avis, il pourrait s'agir là d'un problème pour lequel les États souhaiteraient peut-être que l'on présente des options dans le texte juridique.

138. Il a en outre été noté que certaines juridictions voudraient peut-être aller plus loin que la suspension prévue, de manière à suspendre non seulement une action individuelle d'un créancier, mais aussi les actions collectives. Il a été répondu qu'une suspension aussi large serait possible en vertu du projet d'article dont était saisi le Groupe de travail, puisque les tribunaux avaient le pouvoir discrétionnaire d'accorder des mesures d'assistance en vertu de l'alinéa *e)*.

139. Durant le débat sur le paragraphe 1, le Groupe de travail a été instamment prié par plusieurs participants d'envisager de soumettre la suspension prévue à l'alinéa *a)* à une exception d'ordre public. La primauté éventuelle des considérations d'ordre public était déjà mentionnée parmi les facteurs limitatifs ou principes directeurs, en application desquels des mesures discrétionnaires pourraient être prises, outre celles qui étaient énoncées dans la liste minimum, conformément à l'alinéa *e)*, ainsi que dans l'alinéa *b)*, qui autorisait automatiquement le représentant étranger à obtenir des informations dans l'État de la reconnaissance, dès cette reconnaissance.

140. A l'appui d'une soumission expresse des dispositions sur la suspension à d'éventuelles exceptions d'ordre public, il a été déclaré qu'une disposition générale prévoyant l'exclusion de la reconnaissance pour des motifs d'ordre public ne tiendrait pas compte de la distinction que l'on pourrait établir entre la décision de reconnaissance proprement dite et les effets éventuels de la reconnaissance, dont certains pourraient être contraires à l'ordre public dans l'État de la reconnaissance. Parmi les autres motifs ou exemples d'exclusion, on pouvait citer les actions pour préjudice corporel, les actions matrimoniales, les questions liées à l'état civil ou au versement de pensions alimentaires et diverses procédures administratives et pénales. On a avancé que l'on pourrait par exemple spécifier de manière plus détaillée les types d'actions qui seraient suspendues. On a également avancé que l'élaboration de la disposition relative à la suspension avait fait apparaître que l'on n'avait peut-être pas assez limité les effets dans la liste minimum, par exemple, la durée de la suspension ou d'autres effets.

141. Il a été répondu à ce propos qu'il faudrait faire preuve de prudence et ne pas trop mettre l'accent dans le texte sur les exceptions à ce qui serait, comme on en avait convenu, une liste minimum des effets de la reconnaissance nécessaires pour protéger sans délai les biens contre la dispersion et pour atteindre les objectifs fondamentaux de l'accès et de la reconnaissance. Il a été avancé à ce propos que l'on pourrait accorder l'attention voulue aux considérations d'ordre public dans la décision sur la reconnaissance, ainsi que lors de l'examen par les tribunaux d'une contestation éventuelle pour des motifs d'ordre public, contestation qui pourrait être faite de toute façon à propos de l'application de tel ou tel effet de la reconnaissance.

142. Le Groupe de travail a pris note des observations qui avaient été faites sur la question de savoir s'il fallait expressément prévoir une exception d'ordre public dans les dispositions relatives à la suspension, et il a indiqué qu'il examinerait les problèmes soulevés à des sessions ultérieures en fonction des autres dispositions dont il serait saisi.

143. On a suggéré en outre que la suspension du transfert des biens du débiteur, visée à l'alinéa *a)* ii), ne devait pas s'appliquer aux transferts que pourraient exiger les affaires courantes. A titre d'exemple, on a cité le paiement de salaires à des employés, qui serait très probablement approuvé par l'autorité de contrôle. Cette suggestion n'a pas soulevé d'objection, car elle tenait compte des besoins de la pratique dans ce domaine, et il n'avait pas été question de l'exclure. A propos du libellé de la disposition, on a fait observer que la notion de "suspension" de l'ouverture d'une procédure, et non d'une procédure déjà ouverte, risquait de ne pas être bien comprise partout et pourrait donc être exprimée autrement et que, comme on l'a vu au cours du débat, l'expression "règlement des dettes" serait modifiée et alignée sur la terminologie révisée qui serait utilisée ailleurs dans le texte.

Alinéa b)

144. Le Groupe de travail a noté que l'alinéa *b)*, qui se référait, à titre d'élément de la liste minimum des effets de la reconnaissance, au droit du représentant étranger d'exiger la fourniture d'informations concernant les affaires du débiteur, s'appliquait sous réserve de considérations d'ordre public dans l'État de la reconnaissance. On a fait observer que cette réserve rendrait la disposition plus acceptable dans les systèmes juridiques qui n'étaient pas habitués aux méthodes ou procédures de recherche d'informations qui étaient suivies dans d'autres systèmes. Selon une opinion, on pourrait encore apaiser les préoccupations dans ce domaine en rendant la disposition applicable sous réserve de la loi locale. Cependant, l'inclusion de cette nouvelle réserve n'a pas recueilli un très large appui. On a signalé que le texte juridique aurait en fait pour objectif d'établir le droit local en la matière, même si cela devait obliger à modifier à cet égard des pratiques ou des règles traditionnelles. On a aussi mis en garde contre l'imposition, à propos de cet élément et d'autres éléments de la liste minimum d'effets, d'exigences qui pourraient compliquer le processus tendant à donner effet à la reconnaissance au point, éventuellement, de compromettre tous les objectifs fondamentaux de ce processus. Parallèlement, on a noté, d'après un certain nombre d'interventions, que la disposition, telle qu'elle était rédigée, n'aurait pas pour effet d'habiliter le représentant étranger à chercher des renseignements sans tenir compte des règles de procédure locales.

145. Le Groupe de travail était cependant favorable à l'idée de mentionner expressément, dans un futur projet de disposition, que l'autorisation donnée au représentant étranger d'exiger la fourniture d'informations serait subordonnée à une décision judiciaire. On aurait peut-être ainsi le moyen de répondre aux préoccupations qui ont été exprimées sans compromettre l'efficacité de la disposition.

146. L'attention du Groupe de travail a été appelée sur la question de savoir comment concilier les exigences en matière d'informations et les règles du secret professionnel. On a répondu que cette considération qui, soit dit en passant, ne concernait pas directement les comptables, semblait devoir être plus pertinente dans le cadre des procédures pénales et civiles que dans celui des procédures d'insolvabilité. On a fait valoir cependant qu'un problème de confidentialité qui touchait aux procédures d'insolvabilité découlait des notions de secret bancaire.

147. En ce qui concerne les informations électroniques, le Groupe de travail a noté qu'on examinerait à un stade ultérieur s'il était nécessaire d'aligner la terminologie utilisée pour décrire ces formes d'information sur celle qui était employée dans d'autres textes juridiques de la CNUDCI, notamment ceux, en cours d'élaboration à la Commission, qui sont précisément consacrés à l'échange de données informatisées.

Alinéa c)

148. Comme pour d'autres effets de la reconnaissance figurant sur la liste minimum, on s'est demandé s'il serait souhaitable de prévoir certains types de limitations. La question soulevée à propos de l'alinéa *c)* touchait les exemptions possibles, par exemple, celle des biens familiaux.

149. Au cours d'un échange de vues, on s'est demandé si la disposition concernant l'exemption des "droits réels", c'est-à-dire des droits des tiers sur certaines catégories de biens meubles, était bien rédigée. Selon une opinion, le terme particulier utilisé pourrait ne pas être toujours bien compris. On a donc suggéré une meilleure formulation qui pourrait consister à se référer au droit du représentant étranger de prendre en charge et de contrôler les biens dans toute la mesure autorisée par la loi locale. Cette nouvelle formulation n'a pas recueilli un très large appui, cependant, car on a jugé qu'elle n'apportait pas le degré de précision requis.

150. A un niveau plus fondamental, on s'est demandé s'il suffisait de prévoir une exemption pour les biens réels uniquement dans le cadre de cet effet spécifique de la reconnaissance et non, en particulier, dans le cadre de la suspension prévue à l'alinéa *a)*. On a indiqué qu'une exemption plus large des droits réels, que certaines juridictions écartaient des procédures d'insolvabilité, contribuerait à rendre plus acceptable le texte en cours d'élaboration. Selon une autre opinion, en revanche, il était peu souhaitable d'élargir l'exemption des droits réels aux autres effets de la reconnaissance, car cela affaiblirait la valeur de la reconnaissance en ce qui concerne la protection des biens contre la dispersion et, de toute manière, les détenteurs de droits réels seraient autorisés, en vertu du paragraphe 2, à demander la non-application provisoire de la suspension.

151. Au cours du débat, on a demandé si, en soustrayant les droits réels des effets des dispositions de la reconnaissance, on empêcherait l'annulation du transfert de ces droits par le débiteur d'une manière qui porterait préjudice aux autres créanciers. On a répondu que l'exemption des droits réels du champ d'application du texte juridique ne devrait pas nécessairement être considérée comme empêchant l'annulation de ces transferts. On a aussi signalé que l'approche suivie dans un certain nombre de juridictions pour déterminer la loi applicable à ces questions était fondée sur le principe de la *lex rei sitae*.

152. Après le débat sur les questions posées à propos de l'alinéa *c)*, le Groupe de travail a estimé que la disposition et les points soulevés devraient être examinés plus avant, compte tenu en particulier des autres dispositions du texte qui seraient élaborées.

Alinéa d)

153. Le Groupe de travail a noté que l'objectif de la disposition de l'alinéa *d)*, qui conférerait aux représentants étrangers le droit d'intervenir dans la procédure locale, se rattachait au fait que la suspension de la procédure prévue à l'alinéa *a)* était sans effet sur les procédures collectives locales.

Alinéa e)

154. Le Groupe de travail a pris note d'une suggestion selon laquelle il faudrait prévoir également, dans le texte de l'alinéa, le maintien des mesures qui pourraient être accordées provisoirement par le tribunal en application du paragraphe 4, comme étant une des formes optionnelles d'assistance que le tribunal serait habilité à accorder en vertu de l'alinéa *e)*.

155. Les participants ont dans l'ensemble approuvé l'approche retenue à l'alinéa *e*) en ce qui concerne la référence aux facteurs énoncés aux sous-alinéas *i*) à *iii*) de cet alinéa pouvant servir dans certains cas à limiter l'octroi d'une assistance au représentant étranger en sus des effets prévus dans la liste minimum (alinéas *a*) à *d*)). On a toutefois avancé qu'il serait peut-être possible de rédiger la référence à ces facteurs de manière qu'il apparaisse encore plus clairement qu'ils avaient pour objet de limiter éventuellement l'obligation d'accorder d'autres formes d'assistance et non de justifier de telles mesures d'assistance. Il a été jugé à ce propos que les mots "sous réserve" n'étaient peut-être pas suffisamment clairs.

156. Le Groupe de travail s'est penché longuement sur la forme et la portée de la référence, figurant dans l'alinéa *e*), à la loi applicable par le tribunal de la reconnaissance pour déterminer quelles mesures supplémentaires pouvaient être accordées, outre les effets énoncés dans la liste minimum. Il a été avancé que l'application de la loi de l'État de la reconnaissance présenterait un avantage particulier dans la mesure où elle était bien connue et bien comprise du tribunal de la reconnaissance. On a certes jugé que l'application d'une loi étrangère serait sans doute plus acceptable si l'instrument prenait la forme d'une convention plutôt que d'une loi type, mais on a fait remarquer qu'il existait déjà des législations nationales de l'insolvabilité qui prévoyaient l'application de la loi étrangère pour déterminer les effets de la reconnaissance. Toutefois, le Groupe de travail n'a pas jugé que le texte juridique en cours d'élaboration devrait faire uniquement référence à cette loi.

157. Le Groupe de travail a accordé une importance particulière au fait suivant : il était entendu que, dans la pratique, un représentant étranger cherchait le plus souvent à faire admettre dans la juridiction de la reconnaissance les pouvoirs qui lui étaient conférés dans sa juridiction d'origine, c'est-à-dire la juridiction ayant ouvert la procédure dont la reconnaissance était demandée. On a signalé qu'il se poserait sans doute davantage de problèmes si la loi de l'État de la reconnaissance ignorait complètement ou presque un pouvoir demandé par le représentant étranger et que la référence à la loi de la procédure étrangère pourrait être utile à cet égard. Dans le même temps, il a été admis dans l'ensemble que, dans une certaine mesure, l'octroi de mesures d'assistance, outre les effets énoncés dans la liste minimum, ne pourrait être traité dans l'abstrait, sans référence à la loi locale du tribunal de la reconnaissance.

158. Vu ces considérations, on a dans l'ensemble approuvé l'approche énoncée dans le projet de disposition selon laquelle les pouvoirs du représentant étranger en vertu de la loi de la juridiction dans laquelle la procédure étrangère avait été ouverte devraient être préservés. Simultanément, le Groupe de travail s'est prononcé pour le maintien d'une réserve similaire à celle qui était énoncée dans le projet de disposition, excluant les pouvoirs qui étaient conférés au représentant étranger en vertu de la loi étrangère, mais qui étaient contraires à la loi locale.

159. Outre cette question sur laquelle on s'est accordé dans une large mesure, divers avis et suggestions ont été présentés quant aux possibilités supplémentaires d'application de la loi locale pour accorder à la reconnaissance des effets allant au-delà de ceux qui étaient énoncés dans la liste minimum, ainsi qu'à l'importance relative que l'on pourrait accorder à la loi étrangère et à la loi locale.

160. Divers participants ont souligné que, dans l'intérêt des créanciers et afin de maximiser la valeur des biens, il serait bon de permettre au représentant étranger de choisir parmi les pouvoirs qui pouvaient lui être conférés en vertu de la loi, soit de la procédure étrangère, soit de l'État de la reconnaissance. Il a été noté qu'une telle approche dissuaderait de rechercher le for le plus favorable; il serait donc ainsi plus difficile de disperser les biens ou de les soustraire de toute autre manière à l'administration de l'insolvabilité. Toutefois, ces considérations pourraient être contrebalancées dans une certaine mesure par le fait que les États éprouveraient sans doute des hésitations à voir un représentant étranger, ayant le droit de choisir parmi les pouvoirs que lui conférerait l'une ou l'autre loi, acquérir potentiellement, du fait de la reconnaissance dans une juridiction étrangère, davantage de pouvoirs que ceux qui lui étaient accordés dans sa juridiction d'origine.

161. D'autres observations ont été faites durant le débat sur l'importance relative à accorder à la loi locale et à la loi étrangère pour déterminer les pouvoirs du représentant étranger et les mesures pouvant être prises, outre celles qui étaient énoncées dans la liste minimum. Selon un avis, on pourrait établir une distinction entre la loi étrangère, en tant que source d'autorité ou de pouvoir du représentant étranger, et la loi locale, en tant que source des procédures à suivre pour donner effet à ces pouvoirs. Selon un avis similaire, la loi locale pourrait être considérée comme la source du pouvoir donné au représentant étranger d'user de ses droits, ce qui pourrait constituer un cadre analytique attrayant pour les systèmes juridiques mettant un accent particulier sur la

distinction entre un droit et l'usage de ce droit. Il a en outre été noté qu'un système englobant les deux lois poserait des problèmes, car il serait difficile de tracer une frontière entre les domaines particuliers où chaque loi s'appliquerait.

162. On a noté qu'il pourrait être utile d'établir une distinction entre les procédures d'assistance ou accessoires et les procédures parallèles. Selon un avis, il serait sans doute moins difficile d'énoncer une règle pour le premier type de procédure que pour le second. Il a toutefois été noté que la question de la compatibilité des mesures avec la loi locale se poserait dans le contexte des procédures accessoires, comme dans celui des procédures parallèles.

163. Il a été proposé que l'on prenne en compte plusieurs des facteurs susmentionnés en incluant une formulation selon laquelle le tribunal serait invité à "tenir dûment compte", tant de la loi de la procédure étrangère que de sa propre loi. Selon une approche différente, qui a suscité un certain intérêt, il serait peut-être possible d'élaborer une disposition qui ne fasse référence ni à l'une ni à l'autre des lois applicables possibles, mais qui laisse cette question à l'appréciation du tribunal. Il a été jugé qu'une telle approche permettrait au représentant étranger de demander les mesures jugées nécessaires pour l'exercice de sa mission et que le tribunal de la reconnaissance pourrait réagir de manière similaire en accordant les mesures qu'il jugerait appropriées et qu'il était habilité à prendre. A l'appui de cette approche, il a été déclaré qu'elle serait conforme au postulat de base, selon lequel l'assistance et la coopération devaient être accordées dans toute la mesure du possible.

164. Selon une autre observation, il faudrait tenir compte, lors de l'élaboration de dispositions en la matière, des types de procédures et pratiques prévues dans la Convention de La Haye sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale, notamment pour ce qui est de la notion selon laquelle l'activité du représentant étranger devait être compatible avec la loi locale. Il a été jugé à ce propos que l'application pratique de cette convention pourrait donner des indications utiles en montrant jusqu'où différents États étaient prêts à aller dans des domaines similaires à celui qui était examiné.

165. Pour conclure le débat sur le point de savoir laquelle des lois applicables devrait être invoquée pour autoriser des mesures allant au-delà de la liste minimum des effets de la reconnaissance, le Groupe de travail a noté que, selon l'avis qui a prévalu, il fallait retenir une approche fondée sur l'application de la loi de la procédure étrangère. Dans le même temps, on a largement estimé qu'il faudrait faire référence à une limitation fondée sur les interdictions découlant de la loi locale. Selon un avis lui aussi largement partagé, l'application de la loi locale ne devrait pas conduire à donner au représentant étranger davantage de pouvoirs qu'il n'en aurait en vertu de la loi de son pays d'origine. Cela étant, le Groupe de travail est convenu que ces questions devraient être examinées plus avant et qu'il y reviendrait ultérieurement.

166. Pour ce qui est de la forme, il a été noté que le terme "liquidateur", figurant à l'alinéa e), serait remplacé par le terme "représentant étranger". Il a également été jugé que l'expression "en vertu de la loi" était sans doute par trop restrictive. Selon une suggestion portant davantage sur la structure de l'instrument envisagé, les questions traitées à l'alinéa e) pourraient l'être dans une disposition sur la coopération judiciaire.

Paragraphe 2

167. Des questions ont été posées au sujet de la fonction exacte du paragraphe 2. On s'est inquiété de ce qu'on pourrait tenir pour une incohérence entre ce paragraphe et l'objectif du paragraphe 1, aussi serait-il peut-être préférable de supprimer le paragraphe 2. On a alors fait observer qu'une partie qui serait lésée par les effets de la reconnaissance pourrait se fonder sur ce paragraphe pour demander la non-application provisoire de ces effets. Cela étant, on a dit qu'il serait peut-être plus clair de rédiger une disposition prévoyant plus directement le droit de demander la non-application provisoire des effets de la reconnaissance. On s'est demandé à ce propos si une disposition relative à la modification des effets de la reconnaissance devrait porter uniquement sur les effets qui étaient automatiques, ou aussi sur ceux qui découlaient du pouvoir discrétionnaire du tribunal en application du paragraphe 1 e).

168. Le paragraphe 2 devait aussi permettre de régler les cas où, dans certaines juridictions, les effets de la reconnaissance, en particulier les mesures de caractère provisoire, risqueraient de prendre fin automatiquement après un certain temps. Cependant, on pouvait comprendre que la disposition portait, non sur les mesures

provisaires, visées au paragraphe 4 pour lesquelles cette disposition pourrait fort bien être nécessaire, mais sur les effets de la reconnaissance pour le maintien desquels elle pourrait ne pas l'être.

169. Le débat a néanmoins conduit à se demander s'il conviendrait de prévoir une disposition sur la durée des effets de la reconnaissance, ou sur le moment où ils prennent fin. Selon un avis, on pouvait supposer que le tribunal veillerait à maintenir les effets qu'il admettrait aussi longtemps que nécessaire. On a aussi fait valoir qu'à un moment ou à un autre, certains des effets perdraient automatiquement leur raison d'être et deviendraient inutiles dès lors qu'ils auraient atteint leur but du fait de la progression naturelle des événements auxquels ils sont attachés. Selon un avis, il serait peut-être souhaitable d'inclure une disposition qui assurerait avec un certain degré de certitude la durée ou la fin des effets de la reconnaissance.

170. Au cours du débat, on s'est demandé quels effets pourraient être attribués à la fin de la procédure étrangère, pour ce qui est notamment des effets de la reconnaissance. A ce propos, on s'est aussi demandé s'il faudrait prévoir des dispositions particulières en matière de publication qui interviendraient à la fin soit de la procédure étrangère soit des effets de la reconnaissance. On a estimé qu'il pourrait être utile de lier la fin des effets de la reconnaissance à un certain type de formalité à cause des incidences de la reconnaissance sur les droits des créanciers locaux. On a fait observer à cet égard que la question de la publication pouvait être traitée dans la loi locale et, par conséquent, qu'il pourrait suffire de se référer à "la notification exigée par le tribunal local". Par ailleurs, on a reconnu qu'il serait peut-être plus difficile de se fonder sur une telle approche dans la mesure où, dans certaines juridictions, il pourrait ne pas y avoir de publication officielle dans laquelle les créanciers pourraient s'attendre à trouver les notifications de ce genre.

171. Le Groupe de travail a indiqué qu'il poursuivrait son débat sur les questions qui avaient été soulevées en se fondant sur les dispositions qui ont été élaborées plus avant compte tenu du débat.

Paragraphe 3

172. Au sens où l'entendait le Groupe de travail, le mot "directement" qui figurait au paragraphe 3 visait à donner au représentant étranger le droit de s'adresser directement au tribunal de la reconnaissance, sans avoir à passer par une voie indirecte, telle que la voie diplomatique. Au demeurant, la disposition ne devait pas l'emporter sur celles qui pouvaient être appliquées dans certaines juridictions qui exigeaient le recours à un conseil local.

173. Par ailleurs, on a été d'avis qu'il serait plus logique de faire figurer le paragraphe 3 en tête de la disposition examinée.

Paragraphe 4

174. Le Groupe de travail a généralement appuyé l'idée d'inclure une disposition autorisant le tribunal de la reconnaissance à accorder des mesures provisoires dans des circonstances appropriées dès la demande du représentant étranger. Cette idée a été appuyée parce que, si cette possibilité n'existait pas, la reconnaissance ne pourrait produire ses effets, en particulier la suspension des poursuites individuelles des créanciers et du transfert des biens, que lorsque la décision aurait été prise sur une demande de reconnaissance, moment où, souvent, il ne restait guère de biens à protéger.

175. On s'est demandé si le Groupe de travail, en élaborant davantage le paragraphe 4, ne voudrait pas examiner la possibilité de définir telle ou telle mesure provisoire qui serait envisagée, ou si la question ne pourrait pas tout simplement relever entièrement de la loi locale. Les mesures que l'on a proposé d'examiner étaient les suivantes : placer les biens sous la garde du représentant étranger, autoriser le représentant étranger à saisir certains biens et interdire au créancier de faire valoir ses créances sur les biens du débiteur.

176. Au sens où l'entendait le Groupe de travail, la disposition, sous sa forme actuelle, permettait que des mesures provisoires soient accordées de manière non contradictoire lorsque ces mesures étaient autorisées par la loi locale.

177. Pour ce qui est du texte du paragraphe, on a fait observer que le membre de phrase "tant qu'il n'est pas répondu à la demande de reconnaissance" risquait de ne pas être bien compris et qu'il serait peut-être plus clair de le remanier pour dire "... tant que le tribunal ne s'est pas prononcé sur la demande". Il faudrait aussi préciser que les premiers mots du paragraphe 4 visaient les biens du débiteur.

E. Preuve concernant la procédure étrangère

178. Le Groupe de travail a examiné le projet préliminaire de disposition sur la preuve concernant la procédure étrangère qui était libellé comme suit :

- "1. L'existence d'une procédure étrangère est attestée par une copie certifiée conforme des documents démontrant l'ouverture de la procédure.
2. La nomination d'un représentant étranger est attestée par une copie certifiée conforme de l'ordre ou de la décision de nomination ou par toute autre preuve satisfaisant le tribunal.
3. La traduction dans une langue officielle du pays dans lequel la procédure locale doit être ouverte peut être requise.
4. Une procédure étrangère est présumée avoir été ouverte comme il convient dans la juridiction étrangère, à moins qu'il ne soit prouvé qu'il n'y avait pas de liens substantiels entre le débiteur et cette juridiction."

179. Il a été noté que cette disposition se fondait sur les avis exprimés antérieurement au sein du Groupe de travail (voir par. 36 à 38 et 113), selon lesquels il faudrait garantir au tribunal de la reconnaissance que le représentant étranger était habilité à agir à l'étranger par la juridiction de nomination, notamment pour ce qui est des biens situés à l'étranger. En même temps, il a été noté que le projet de disposition était libellé de manière à ne pas exiger littéralement une autorisation d'agir à l'étranger, car l'inclusion d'une exigence expresse ne serait pas conforme à la pratique. Il a été souligné à ce propos que la nomination d'un représentant serait normalement libellée dans les termes généraux, sans référence à une limitation territoriale de son pouvoir d'agir.

180. Il a en outre été noté que les paragraphes 1 et 2 avaient été élaborés pour donner effet à l'opinion selon laquelle la présentation d'une copie certifiée conforme de l'acte de nomination, ou faute d'un tel acte, de toute autre preuve de la nomination, devrait être suffisante. Il a également été noté que le paragraphe 4, selon lequel il était présumé que la procédure étrangère avait été ouverte comme il convient, se justifiait par le fait qu'il ne faudrait pas empêcher de manière injustifiée le représentant étranger d'obtenir le pouvoir d'agir rapidement afin de préserver les biens.

Paragraphes 1 et 2

181. S'il a été convenu que les paragraphes 1 et 2 traitaient de manière acceptable du problème de l'accréditation requise du représentant étranger auprès du tribunal compétent de la juridiction de la reconnaissance, diverses observations ont toutefois été faites. Selon un avis, les paragraphes 1 et 2 risquaient d'être interprétés comme exigeant dans tous les cas deux documents distincts, l'un établissant l'ouverture de la procédure étrangère, l'autre attestant la nomination du représentant étranger, alors qu'en fait, dans certains cas, le tribunal étranger n'émettrait qu'un seul document couvrant ces deux aspects. Diverses propositions de forme ont été faites afin de répondre à cette préoccupation : on pouvait par exemple fonder le paragraphe 2 sur le paragraphe 1, remplacer les mots "est attesté" par les mots "peut être attesté", ou fusionner les paragraphes 1 et 2 en un seul paragraphe qui pourrait être libellé comme suit : "L'ouverture de la procédure étrangère et la nomination du représentant étranger doit être attestée. La preuve peut prendre la forme d'une copie certifiée conforme ou toute autre forme requise par le tribunal."

182. Il a également été noté que la référence à "toute autre preuve satisfaisant le tribunal" risquerait d'aller à l'encontre de l'objectif visé, qui était de faire expressément référence à l'ordre du tribunal ou à toute autre décision par laquelle le représentant étranger était nommé, et serait donc source d'incertitude. Afin de répondre à cette préoccupation, il a été proposé de modifier le paragraphe 2 afin de préciser qu'une autre preuve ne pourrait

être requise qu'en l'absence d'un ordre du tribunal ou de toute autre décision de nomination. Il a été noté que l'on pourrait préciser la disposition en exigeant la présentation d'une copie certifiée conforme d'un texte de loi dans les cas où le représentant étranger invoquait une autorisation fondée sur la loi, dans la mesure où de tels cas se présenteraient dans la pratique. Selon un autre avis encore, la référence à la certification de l'ordre ou de la décision du tribunal ou d'une autre autorité compétente pourrait être source d'incertitude, à moins qu'il ne soit précisé que ce qui était visé était une indication donnée par l'émetteur du document quant à son authenticité et non la légalisation, procédure complexe en général effectuée par une autorité administrative, ou par des voies diplomatiques ou consulaires.

183. Le Groupe de travail a approuvé en substance les paragraphes 1 et 2 et a prié le secrétariat de les réviser, compte tenu des préoccupations qui avaient été exprimées et des suggestions qui avaient été faites.

Paragraphe 3

184. Si l'on a estimé que cette disposition énonçait une évidence et était superflue, ou poserait le problème de la certification de la traduction, le Groupe de travail a hésité à supprimer le paragraphe 3, car il lui semblait que la condition énoncée à ce paragraphe était utile et rendrait le texte plus acceptable.

Paragraphe 4

185. Diverses préoccupations ont été exprimées quant à la formulation exacte du paragraphe 4. Selon un avis, la référence à l'ouverture "comme il convient" de la procédure étrangère pourrait laisser entendre que le tribunal de la reconnaissance devrait s'attacher à étudier si la procédure étrangère avait été ouverte conformément aux conditions de procédure détaillée de la juridiction étrangère. L'examen par le tribunal de la reconnaissance devait en fait plutôt se limiter à la question de la compétence. Il a été jugé dans l'ensemble que le tribunal de la reconnaissance n'était pas habilité à examiner ces autres questions. Pour répondre à cette préoccupation, il a été proposé de modifier comme suit le paragraphe 4 : "Une procédure étrangère n'est pas reconnue s'il n'y a pas de lien substantiel entre le débiteur et la juridiction dans laquelle la procédure a été ouverte." Il a également été proposé de supprimer le paragraphe 4, car cette question semblait être traitée au paragraphe 2 de la définition de la "procédure étrangère". Cette suggestion n'a pas reçu un appui suffisant, car le Groupe de travail, lors de l'examen de cette disposition (voir par. 110), avait estimé dans une large mesure qu'une telle règle touchait à la reconnaissance de la procédure étrangère et devrait donc être placée ailleurs dans le texte.

186. On a en outre fait observer qu'il serait possible d'invoquer les considérations d'ordre public dans certains cas peu habituels où la procédure étrangère répondait au critère juridictionnel, mais pourrait ne pas valoir la reconnaissance. Un exemple en était le cas où des procédures étrangères étaient entachées de collusion entre le débiteur et le représentant étranger dans le but de dissimuler des biens. Au cours du débat, on a aussi fait valoir que la teneur du "lien substantiel" serait différente selon que la reconnaissance était demandée pour une procédure accessoire ou une procédure parallèle.

187. Une autre préoccupation venait de ce que la question de la compétence du tribunal de la reconnaissance pouvait ne pas être réglée de façon satisfaisante sans que le soit aussi celle de la compétence du tribunal de l'État d'origine, car il pouvait y avoir interaction entre les deux. Pour répondre à cette préoccupation, on a suggéré de traiter de manière complète la question de la compétence internationale d'un tribunal qui ouvrirait une procédure d'insolvabilité, en adoptant une démarche dont le modèle serait l'article 3 du projet de Convention de l'Union européenne. A cet égard, on a été d'avis qu'il fallait se préoccuper de ce que les dispositions sur la reconnaissance pourraient avoir pour conséquence de restreindre la compétence de l'État de la reconnaissance pour ouvrir sa procédure locale.

188. On a été d'avis aussi qu'il importait de déterminer quel était le stade de la procédure étrangère qui devrait être considéré comme indiquant "l'ouverture" effective de la procédure étrangère d'insolvabilité aux fins de sa reconnaissance. On a fait observer à cet égard qu'il y avait des différences entre les juridictions quant aux mesures et aux stades qui détermineraient l'ouverture d'une procédure. On a ajouté que cette question avait une certaine importance, car il arrivait souvent que des mesures provisoires soient demandées dans la juridiction de la reconnaissance alors que la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dans l'État d'origine était pendante.

189. Bien que le Groupe de travail soit convenu que la question de l'évaluation des fondements de la compétence de la procédure étrangère était importante et devrait être traitée dans le texte, il n'était pas prêt à prendre une décision définitive sur une disposition qui pourrait être acceptable. Il a donc décidé de laisser le paragraphe 4 entre crochets dans l'attente d'un examen ultérieur.

IV. TRAVAUX FUTURS

190. A l'issue de son débat, le Groupe de travail a entendu un certain nombre d'interventions portant sur les progrès réalisés à la session en cours et sur les autres questions qui pourraient être abordées.

191. On a généralement estimé que de nets progrès avaient été faits sur un certain nombre de questions importantes, notamment les définitions de la "procédure étrangère" et du "représentant étranger", les effets de la reconnaissance, la coopération judiciaire et la preuve concernant la procédure étrangère. On a déclaré que le fait que le Groupe de travail se soit engagé dans un débat fructueux et avait déjà examiné une série de projets préliminaires de dispositions à la session en cours était très encourageant pour les travaux futurs.

192. On a mentionné un certain nombre de questions sur lesquelles pourraient porter les travaux futurs : compétence du tribunal étranger et reconnaissance de cette compétence par un tribunal dans l'État de la reconnaissance; applicabilité des projets de dispositions aux procédures accessoires ou parallèles; définitions du débiteur et de la procédure de redressement; questions de réciprocité et de courtoisie internationale; portée de la coopération judiciaire; possibilité pour le représentant étranger de comparaître devant la juridiction de la reconnaissance, sans être soumis à sa pleine juridiction ("comparution limitée"); traitement national des créanciers étrangers; forme et calendrier des notifications aux créanciers étrangers; péréquation entre les créanciers ordinaires; reconnaissance des créances de l'État étranger, ou du Trésor; mécanisme pour mettre fin à une procédure limitée ou secondaire; effets de la reconnaissance et des mesures provisoires sur les créanciers titulaires de sûretés, eu égard en particulier aux droits réels et à la réserve de propriété; compensation dans le cadre transnational; exceptions aux mesures automatiques d'assistance; mécanisme visant à modifier les mesures provisoires ou à y mettre fin; répartition et rapatriement des biens; préservation des biens dans le contexte de l'insolvabilité transnationale en créant un cadre juridique pour les mesures provisoires à accorder, en ce qui concerne notamment les actifs aux mains de tiers en vertu d'ordonnances judiciaires ou de contrats.

193. Le Groupe de travail a demandé au secrétariat d'établir, pour sa prochaine session, des projets de dispositions sur la coopération judiciaire et l'accès et la reconnaissance, compte tenu des vues et suggestions émises à la session en cours. Il a été noté que, conformément à une décision prise par la Commission à sa vingt-huitième session⁶, la dix-neuvième session du Groupe de travail aurait lieu à New York du 1er au 12 avril 1996.

B. Document soumis au Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité à sa dix-huitième session : Questions liées à la coopération judiciaire et à l'accès et à la reconnaissance pouvant se poser dans le contexte de l'insolvabilité transnationale (A/CN.9/WG.V/WP.42) [original : anglais]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION	1 - 6
I. REMARQUES GÉNÉRALES	7 - 21
II. LES ÉVENTUELS FACTEURS DÉTERMINANTS DE L'ACCÈS ET DE LA RECONNAISSANCE	22 - 38
A. Compétence	23 - 27
B. Procédures étrangères ouvertes dans des pays spécifiés	28
C. Pouvoir discrétionnaire du tribunal	29 - 30

⁶Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 17 (A/50/17), par. 449.

D. Types de procédures traitées	31 - 35
E. Type de débiteur	36
F. Pouvoir d'agir du représentant étranger	37
G. Considérations d'ordre public	38
III. EFFETS DE RECONNAISSANCE	39 - 59
A. Approches législatives possibles	41
1. Énumération détaillée des effets	42 - 47
2. Effets de la reconnaissance par référence à la loi applicable	48 - 53
a) La reconnaissance entraîne l'importation des effets de la législation étrangère des faillites	49
b) La reconnaissance déclenche l'application de la loi locale	50 - 52
c) Le choix de la loi est laissé au tribunal de la reconnaissance	53
3. Le pouvoir discrétionnaire des tribunaux en matière de détermination des effets de la reconnaissance	54
4. Exclusion de certains types de biens	55
5. Aspects procéduraux de la reconnaissance	56 - 59
IV. PROCÉDURES D'INSOLVABILITÉ SECONDAIRES	60 - 91
A. Liens éventuels avec la procédure étrangère principale	65 - 8
1. Restriction de la compétence	68 - 72
2. Limitation du droit des créanciers de demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité secondaire	73 - 75
3. Limitation du droit des créanciers à être payés dans les procédures secondaires	76 - 87
B. Procédure connexe visant à appuyer la procédure principale étrangère	88 - 91
V. ACCÈS DU REPRÉSENTANT DE L'INSOLVABILITÉ ÉTRANGÈRE	92 - 95
VI. COOPÉRATION JUDICIAIRE	96
A. Approbation de protocoles spéciaux	97 - 98
B. Communication judiciaire	99 - 100
VII. AUTRES QUESTIONS	101 - 103
A. Obligation d'informer les créanciers	102
B. Obligation des administrateurs de se communiquer des informations	103

INTRODUCTION

1. À la présente session, le Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité entamera ses travaux, conformément à la décision prise par la Commission à sa vingt-huitième session (Vienne, 2-26 mai 1995) d'entreprendre l'élaboration d'un instrument juridique relatif aux aspects transnationaux de l'insolvabilité¹.

2. La Commission a pris cette décision à la suite de suggestions formulées par des praticiens et des représentants d'autres milieux commerciaux directement concernés par le problème, notamment à l'occasion du Congrès de la CNUDCI sur "Un droit commercial uniforme au XXI^e siècle" (tenu à New York parallèlement à la vingt-cinquième session, du 18 au 22 mai 1992). A sa vingt-sixième session, la Commission a décidé d'étudier de plus près ces suggestions². Par la suite, pour évaluer l'opportunité et la faisabilité de travaux dans ce domaine

¹*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n°17 (A/50/17), par. 382 à 393.*

²Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-sixième session (1993), *Documents officiels de l'Assemblée générale, vingt-huitième session, Supplément n° 17 (A/48/17), par. 302 à 306.* La note sur laquelle la Commission a basé ses débats à la vingt-sixième session a été publiée sous la cote A/CN.9/378/Add.4.

et pour définir comme il convenait la portée de ces travaux, la CNUDCI et l'International Association of Insolvency Practitioners (INSOL) ont organisé un colloque sur les aspects transnationaux de l'insolvabilité (Vienne, 17-19 avril 1994), qui a rassemblé des praticiens de l'insolvabilité de diverses disciplines, des juges, des hauts fonctionnaires et des représentants d'autres secteurs intéressés, y compris des prêteurs³.

3. Lors de ce premier Colloque CNUDCI-INSOL, il a été proposé que la CNUDCI entreprenne, tout au moins au stade actuel, des travaux dans le but limité mais utile de faciliter la coopération judiciaire, et l'accès aux tribunaux des administrateurs de faillites étrangères et la reconnaissance des procédures étrangères d'insolvabilité (appelés ci-après "coopération judiciaire" et "accès et reconnaissance"). Il a été proposé par ailleurs d'organiser une réunion internationale de magistrats afin de connaître leur avis sur les travaux de la Commission dans ce domaine. La Commission a accueilli favorablement ces suggestions à sa vingt-septième session⁴.

4. La CNUDCI et INSOL ont ensuite organisé à Toronto, les 22 et 23 mars 1995, un deuxième Colloque judiciaire sur les aspects transnationaux de l'insolvabilité. L'objectif était de faire en sorte que la Commission, au moment où elle entreprenait des travaux sur cette question, obtienne les avis de juges et de hauts fonctionnaires concernés sur la question de la coopération judiciaire dans les cas d'insolvabilité transnationale et sur les questions connexes de l'accès et de la reconnaissance⁵. Selon le consensus qui s'est dégagé lors du Colloque, il serait utile que la Commission fournisse un cadre législatif, sous forme par exemple de dispositions législatives types, pour la coopération judiciaire et qu'elle incorpore dans le texte qu'elle élaborera des dispositions sur l'accès et la reconnaissance.

5. Lorsqu'elle a pris note des vues exprimées au Colloque, la Commission a noté que le Groupe de travail examinerait diverses questions qui y avaient été soulevées quant à la portée et aux effets éventuels du texte juridique à élaborer et aux approches à adopter. La solution proposée, selon laquelle le cadre juridique qui serait élaboré pour la coopération judiciaire et l'accès et la reconnaissance comporterait, pour certains aspects, un "menu d'options" à l'intention des législateurs, a suscité un intérêt particulier au sein de la Commission. Une telle approche serait conforme à la réalité : en effet, non seulement il subsiste des divergences sensibles entre les dispositions de fond de la législation des faillites des différents États, mais aussi la législation de ces États diverge quant au degré et au mode de coopération judiciaire et d'accès et de reconnaissance. Ainsi, vu l'absence de dispositions en la matière dans de nombreux États, on peut supposer que même les choix les moins ambitieux sur le menu d'options qu'élaborerait la Commission constitueraient un progrès sensible par rapport à la situation actuelle. Toutefois, il faut noter que les diverses options présentées ci-après sont soumises à l'examen du Groupe de travail, afin que ses membres puissent faire part de leurs préférences en la matière.

6. La présente note a été conçue comme une liste sommaire annotée des questions et solutions qui pourraient être traitées dans l'instrument qu'élaborera la Commission. Cette liste ne se veut pas exhaustive et l'on peut supposer que, durant les débats, des questions seront posées qui ne sont pas traitées ci-après. En outre, le secrétariat continue de consulter des praticiens et d'autres milieux intéressés, notamment par l'intermédiaire d'INSOL et du Comité J de la Section du droit des affaires de l'Association internationale du barreau (AIB), et les résultats de ces consultations pourront être portés à l'attention du Groupe de travail durant la session.

I. REMARQUES GÉNÉRALES

7. Pour établir la présente note et sélectionner les questions qui sont mentionnées, le secrétariat s'est fondé sur les activités déjà entreprises et les instruments adoptés aux échelons national et régional dans le domaine de la coopération judiciaire, et de l'accès et de la reconnaissance. Aux échelons régional et multilatéral, on notera

³Le rapport du Colloque CNUDCI-INSOL relatif aux aspects transnationaux de l'insolvabilité présenté par le secrétariat à la Commission à sa vingt-septième session figure dans le document A/CN.9/398.

⁴*Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, Supplément n° 17 (A/49/17), par. 215 à 222.*

⁵Le rapport du Colloque judiciaire que le secrétariat a soumis à la Commission à sa vingt-huitième session figure dans le document A/CN.9/413.

la Convention de droit international privé de La Havane, 1928 ("Code Bustamante"), les deux Traités sur le droit commercial international de 1889 et 1940 ("Traités de Montevideo"), la Convention entre le Danemark, la Finlande, l'Islande, la Norvège et la Suède relative à la faillite ("Convention nordique sur la faillite", 1933, modifiée en 1977 et 1982), la Convention européenne sur certains aspects internationaux de la faillite ("Convention d'Istanbul", 5 juin 1990 (non encore en vigueur), et le projet de convention de l'Union européenne relative aux procédures d'insolvabilité de 1992 ("projet UE"), ainsi que la Loi type internationale sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale (*Model International Insolvency Cooperation Act - MIICA*) établie par le Comité J de la Section du droit des affaires de l'Association internationale du barreau⁶.

8. Pour sélectionner les questions présentées ci-après, le secrétariat s'est fondé sur la gamme des questions traitées dans les instruments mentionnés ci-dessus, ainsi que dans les dispositions législatives nationales relatives à l'insolvabilité transnationale. Le secrétariat avait également à sa disposition un projet d'étude des lois nationales et des activités liées à l'élaboration de traités multilatéraux dans le domaine de l'insolvabilité transnationale établi par un comité d'experts réuni par INSOL.

9. Le projet d'étude du groupe d'experts d'INSOL décrit l'environnement juridique actuel dans le cadre duquel les solutions aux problèmes liés à l'insolvabilité transnationale devraient être élaborées. Cet environnement se caractérise par sa diversité et, souvent, par l'incompatibilité des solutions juridiques retenues, notamment le degré de liberté laissé au juge en l'absence de toute loi en la matière. Cette situation peut empêcher, dans tel ou tel cas, d'appliquer une décision de liquidation ou un plan de redressement visant à maximiser la valeur des actifs du débiteur et à sauver autant d'emplois que possible. Par exemple, certains États adhèrent au principe de la "territorialité", en vertu duquel ils peuvent refuser de reconnaître une faillite étrangère et affirmer leur contrôle sur les actifs situés sur leur territoire, alors que des États ayant conclu des traités bilatéraux et multilatéraux peuvent être tenus d'appliquer des méthodes permettant une administration unique ou commune de l'insolvabilité (par exemple, les Traités de Montevideo de 1889 et 1940, la Convention nordique sur la faillite) ou une harmonisation de procédures simultanées.

10. Ce document décrit les lois adoptées dans un nombre limité d'États traitant expressément de la coopération judiciaire, et de l'accès et de la reconnaissance dans le contexte de l'insolvabilité. Ces lois divergent quant à la mesure dans laquelle la coopération et l'assistance sont impératives ou sont laissées à la discrétion du tribunal requis. Par exemple, dans un pays, la reconnaissance et l'assistance sont impératives pour les procédures ouvertes dans certains pays spécifiés, sur la base d'une évaluation de la nature de ces procédures. Selon une autre approche, la coopération et l'assistance sont autorisées, mais le tribunal est libre de décider du degré de coopération et d'assistance à offrir dans un cas donné.

11. Sont également décrites dans le document diverses techniques et notions employées, notamment en l'absence de tout cadre législatif ou conventionnel relatif à la coopération judiciaire, et à l'accès et à la reconnaissance. Ces techniques sont notamment les suivantes : application de la doctrine de la courtoisie internationale par les tribunaux dans les juridictions de *common law*; exequatur, à des fins équivalentes, dans les juridictions de droit continental; conclusion de protocoles spéciaux visant à établir une coopération entre les juridictions connaissant de cas d'insolvabilité transnationale et à faciliter l'administration transnationale d'une insolvabilité; exécution des déclarations d'insolvabilité étrangères en application d'une législation générale sur la reconnaissance des jugements et procédures étrangers, notamment les commissions rogatoires émanant de juridictions étrangères. Il est également noté dans le document que des approches fondées purement sur la doctrine de la courtoisie internationale ou sur l'exequatur ne seraient pas aussi prévisibles et fiables qu'un cadre législatif conçu expressément pour la coopération judiciaire, et l'accès et la reconnaissance.

12. Il a été noté qu'à quelques exceptions près, les lois générales relatives à la reconnaissance réciproque des jugements, notamment les lois sur l'exequatur, pouvaient dans l'ensemble être considérées comme particulièrement imprévisibles en cas d'insolvabilité transnationale. En effet, de telles procédures pouvaient être limitées dans un système juridique donné à l'exécution de jugements ou injonctions prévoyant le paiement d'une somme donnée en cas de litige entre deux parties, plutôt que de procédure collective courante dans le contexte

⁶On trouvera davantage de renseignements sur les instruments régionaux et bilatéraux mentionnés ici dans la note du secrétariat publiée sous la cote A/CN.9/378/Add.4.

de l'insolvabilité. En outre, la reconnaissance d'une faillite étrangère, par exemple afin d'offrir des possibilités juridiques annexes, pourrait ne pas être considérée comme la reconnaissance d'un "jugement".

13. En fait, les décisions ou injonctions du tribunal étranger ne pourraient être exécutées que si elles étaient considérées comme définitives et exécutoires en vertu de la loi du for où elles étaient émises et si elles n'étaient pas jugées impossibles à exécuter. Une décision étrangère ne serait pas exécutée, par exemple, si le tribunal requis constatait que le tribunal étranger n'avait pas compétence en vertu des principes juridiques du tribunal requis, si le débiteur n'avait pas été avisé comme il convient dans le cadre de la procédure étrangère, si l'exécution ne serait pas conforme à une décision antérieure ou à une procédure en cours dans l'État requis, ou au cas où l'exequatur serait contraire à l'ordre public.

14. Il est noté dans le document que les perspectives qu'offre le recours, pour la reconnaissance des faillites étrangères, aux lois sur la reconnaissance réciproque des jugements sont encore restreintes par le fait que les déclarations ou injonctions d'un tribunal dans le contexte d'une procédure d'insolvabilité pourraient être considérées comme des déclarations relatives à la situation ou la capacité d'une personne fondées sur l'exercice de la puissance publique et non comme de véritables jugements ou injonctions visés par la législation sur la reconnaissance réciproque. D'autres obstacles théoriques peuvent se dresser lorsque la procédure d'insolvabilité dont la reconnaissance est demandée a été ouverte volontairement par le débiteur.

15. Ce document ainsi que les consultations qu'a eues le secrétariat avec des praticiens et autres entités intéressés directement à l'insolvabilité transnationale font apparaître que les travaux de la Commission, s'ils ne sont pas ambitieux au point de tenter une unification de fond de la législation des faillites, pourront apporter une contribution pratique en permettant de résoudre divers problèmes. Les travaux de la Commission seront d'autant plus utiles que les cas d'insolvabilité transnationale augmentent rapidement, conséquence logique de la mondialisation de l'activité économique.

16. Les problèmes que l'on pourrait ainsi résoudre sont ceux de diverses personnes ou entités, notamment : le débiteur, qui souhaite être libéré des actions des créanciers et peut-être sauver et renflouer son entreprise; les créanciers non nantis, dont le remboursement des créances serait maximisé dans la mesure où la coopération transnationale viendrait à remplacer la "course aux tribunaux"; les employés du débiteur, qui souhaitent se faire payer les salaires qui leur sont dus et maximiser les possibilités de sauver l'entreprise et, donc, leurs emplois; les créanciers nantis, qui souhaitent la reconnaissance et l'exécution de leurs sûretés; les pouvoirs publics, qui tiennent non seulement à voir exécuter leurs créances, mais aussi à sauver les emplois et à garantir aux investisseurs que le système juridique applicable est prévisible et permet l'exécution des créances; les tribunaux, qui doivent disposer d'un cadre juridique approprié pour traiter de l'insolvabilité transnationale; et les administrateurs judiciaires, qui ont besoin d'un cadre juridique prévisible et efficace.

17. Dans le même temps, l'étude des affaires d'insolvabilité transnationale ainsi que les colloques et les consultations qu'a tenus le secrétariat font apparaître clairement que les États divergent quant au degré et au mode de coopération judiciaire, et d'accès et de reconnaissance qu'ils sont prêts à offrir pour répondre à ces besoins. Cela tient à différents facteurs, notamment les divergences entre les systèmes juridiques quant au pouvoir discrétionnaire accordé aux tribunaux et la mesure dans laquelle ces systèmes juridiques adhèrent au principe traditionnel de la territorialité en ce qui concerne l'applicabilité de la législation des faillites.

18. Avant d'examiner ces questions plus en détail, il peut être utile de rappeler comment certains des termes fondamentaux utilisés dans la présente note peuvent être compris. La plupart des systèmes juridiques comportent des règles régissant divers types de procédures qui peuvent être entamées lorsqu'un débiteur est dans l'incapacité de payer ses dettes. On a utilisé dans la présente note, en tant que terme générique, l'expression "procédure d'insolvabilité" pour décrire ces types de procédures. On peut distinguer deux types de procédures d'insolvabilité pour lesquels il n'y a pas encore de terminologie uniforme.

19. Selon l'une de ces procédures (désignée ci-après sous le nom de "liquidation"), une autorité publique, en général un tribunal, agissant normalement par l'intermédiaire d'un administrateur nommé à cette fin (ci-après dénommé "administrateur judiciaire" ou, dans certains contextes, "représentant de l'insolvabilité"), prend en charge les avoirs du débiteur insolvable en vue de transformer les avoirs non monétaires en avoirs monétaires, de répartir les montants ainsi obtenus entre les créanciers et, à la fin de la procédure, de liquider le débiteur en

tant qu'entité commerciale. Dans certains États, c'est la seule procédure utilisée. D'autres termes sont parfois retenus pour décrire ce type de procédures : *bankruptcy*, *winding-up*, faillite (au sens strict du terme), liquidation des biens, *quiebra*, *Konkursverfahren*. On notera toutefois que certains de ces termes (*bankruptcy*, faillite) pourraient être considérés comme ayant un sens plus large, englobant également la procédure de redressement décrite au paragraphe suivant.

20. L'autre type de procédure (ci-après dénommée "redressement") est une solution de rechange à la procédure de liquidation. Son objet n'est pas de liquider le débiteur insolvable, mais de lui permettre de surmonter la crise financière qu'il traverse et de reprendre ses activités commerciales normales. Cette procédure, qui est également en général placée sous la supervision d'un tribunal, vise normalement la conclusion d'un accord, ou plan de redressement, entre le débiteur et ses créanciers sur les mesures qui pourraient être prises pour permettre au débiteur de se réorganiser et de retrouver sa viabilité commerciale. Il peut s'agir par exemple d'une réduction des créances contre le débiteur, d'une prolongation des délais de paiement ou de la renégociation des obligations du débiteur. Pendant que ces mesures sont négociées, le débiteur bénéficie d'une suspension de toute action intentée par les créanciers. Parfois, une procédure de redressement est entamée durant la procédure de liquidation. D'autres termes sont utilisés pour ce type de procédure de faillite : réorganisation, règlement judiciaire, concordat préventif de faillite, administration judiciaire, *suspensión de pagos*, *administración judicial de empresas*, *Vergleichsverfahren*.

21. Pour qu'une procédure de faillite puisse être entamée, il faut normalement une décision judiciaire. L'initiative en la matière peut être prise soit par le débiteur insolvable lui-même (faillite volontaire) ou par un ou des créanciers (faillite non volontaire). Dans certains États, les mêmes types de procédures de faillite s'appliquent à tous les commerçants ou entreprises insolubles, alors que d'autres États font appel à deux types de procédure, l'un pour les personnes morales, l'autre pour les entités n'ayant pas la personnalité morale.

II. LES ÉVENTUELS FACTEURS DÉTERMINANTS DE L'ACCÈS ET DE LA RECONNAISSANCE

22. Cette section et la section suivante sont axées sur certains des principaux problèmes que doit en général résoudre le législateur national lorsqu'il souhaite adopter des lois relatives à la coopération dans le domaine de l'insolvabilité transnationale. Nous nous sommes efforcés d'indiquer comment pourraient être structurées des dispositions types susceptibles d'être acceptées par les législateurs nationaux.

A. Compétence

23. Une des questions fondamentales, dans nombre de juridictions, est la suivante : quel facteur de rattachement doit-il y avoir entre le débiteur et l'État dans lequel une procédure d'insolvabilité à l'encontre du débiteur a été ouverte, afin que la reconnaissance de cette procédure d'insolvabilité dans un autre pays puisse être considérée comme justifiée ? De ce fait, il faudra traiter de cette question (parfois appelée "compétence indirecte") lors de l'élaboration de dispositions types sur la reconnaissance des procédures d'insolvabilité étrangères.

24. Divers facteurs de rattachement sont concevables, notamment : le domicile, la résidence habituelle, le siège social statutaire, le principal établissement, le centre des intérêts principaux et l'emplacement des actifs.

25. On trouve une réponse claire à la question du facteur de rattachement déterminant à l'article 166-1 de la loi fédérale suisse sur le droit international privé (LDIP), qui dispose qu'une procédure d'insolvabilité étrangère ne peut être reconnue que si elle a été ouverte dans l'État où le débiteur a son domicile (art. 166-1) ou, dans le cas d'une société, où le débiteur a son siège (art. 166-1, en conjonction avec l'article 21).

26. Cette approche a l'avantage de supprimer toute incertitude juridique quant à son application. Toutefois, elle présente sans doute un inconvénient, dans la mesure où elle ne semble pas permettre d'ajustement dans les cas exceptionnels où l'application du critère général du "centre de gravité" (c'est-à-dire, le domicile, le siège) ne conduirait pas, en raison de circonstances particulières, à des résultats raisonnables.

27. On trouve dans la Convention d'Istanbul (art. 4) et dans le projet UE (art. 2) une solution de compromis entre l'exigence de la certitude juridique et la possibilité de tenir compte de circonstances particulières. Ces deux instruments définissent le facteur de rattachement déterminant au moyen d'une formule souple ("centre des intérêts principaux du débiteur"), associée à une présomption pour les sociétés ("Pour les sociétés et les personnes morales, le centre des intérêts principaux est présumé, jusqu'à preuve du contraire, être le lieu du siège statutaire").

B. Procédures étrangères ouvertes dans des pays spécifiés

28. On se rappellera ici, et lorsque l'on examinera les options que pourra retenir la Commission, qu'il existe un certain nombre de juridictions offrant une assistance aux procédures d'insolvabilité étrangère ouvertes dans des pays énumérés sur une liste de pays "spécifiés", les tribunaux étant libres de donner suite ou non aux demandes émanant d'autres pays. Les lois de l'Australie et du Royaume-Uni sont des exemples de cette combinaison d'une assistance impérative pour certains pays spécifiés et d'une assistance discrétionnaire pour les autres pays.

C. Pouvoir discrétionnaire du tribunal

29. Dans la mesure où une loi laisse le tribunal libre de décider de fournir ou non une assistance, ce tribunal sera tenu ou, du moins, libre de prendre en considération, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, la question du facteur de rattachement, par exemple, si ladite loi dispose que le tribunal, dans l'exercice de ce pouvoir, doit tenir compte des règles de droit international privé.

30. L'article 304 du Code des faillites des États-Unis donne l'exemple d'une loi prévoyant une assistance en général, mais laissant dans chaque cas le tribunal libre de déterminer sa ligne de conduite. Il donne également un exemple des critères sur lesquels pourra se fonder le tribunal, notamment le critère prépondérant d'une administration économique et dans les meilleurs délais des biens du failli, compte tenu de la nécessité : *a)* de traiter équitablement tous les détenteurs de créances ou d'intérêts sur ces biens; *b)* de protéger les créanciers aux États-Unis de tout préjudice et inconvénient lié au traitement des créances dans le cadre de la procédure étrangère; *c)* de prévenir la liquidation préférentielle ou frauduleuse d'éléments de ces biens; *d)* d'assurer la répartition du produit de ces biens en se conformant pour l'essentiel à l'ordre de priorité prescrit par le Code des faillites des États-Unis; *e)* de respecter le principe de la courtoisie internationale; et *f)* le cas échéant, de donner à la personne contre laquelle la procédure étrangère a été ouverte la possibilité de prendre un nouveau départ.

D. Types de procédures traitées

31. Dans certaines juridictions, un système de filtrage permet de limiter la reconnaissance aux procédures étrangères considérées comme des procédures d'"insolvabilité" en vertu de la loi du for (c'est-à-dire en vertu de la loi de l'État dans lequel est situé le tribunal auquel est demandée une assistance). Des dispositions de ce type peuvent avoir, par exemple, pour effet d'empêcher l'assistance à des procédures étrangères (par exemple, des procédures de redressement volontairement ouvertes par un débiteur non déclaré techniquement en faillite) qui n'entreraient pas dans la définition de la procédure d'insolvabilité en vertu de la loi du tribunal requis.

32. Cet exemple suscite un certain nombre de questions que le Groupe de travail voudra peut-être examiner, notamment le point de savoir si le texte à élaborer doit établir une distinction entre les procédures de liquidation et de redressement; entre les procédures volontaires, ouvertes par le débiteur et les procédures ouvertes par les créanciers; entre les procédures judiciaires et les procédures administratives; entre les procédures dans lesquelles le débiteur est privé de tout contrôle sur ses biens et les procédures dans lesquelles le débiteur reste en possession de ses biens; et entre celles dans lesquelles le débiteur est effectivement insolvable et celles dans lesquelles le débiteur en difficulté cherche à éviter l'insolvabilité.

33. Afin de faciliter l'examen de ces questions, la définition ci-après, tirée de l'article 101 du Code des faillites des États-Unis, est présentée ci-dessous :

"23. Le terme 'procédure étrangère' désigne une procédure, qu'elle soit judiciaire ou administrative et qu'elle relève ou non de la législation des faillites, dans un pays étranger dans lequel le domicile, la

résidence, l'établissement principal ou les principaux actifs du débiteur étaient situés au début de cette procédure, ayant pour objet de liquider la masse des biens, d'aménager les dettes par concordat, par prorogation ou par exécution, ou de procéder à un redressement". [traduction non officielle]

34. La définition présentée dans la MIICA (art. 6 *b*)) offre une autre formulation, faisant référence en termes généraux à la compétence du tribunal ouvrant la procédure, plutôt qu'à des facteurs de rattachement donnés :

"Le terme 'procédure étrangère' désigne une procédure d'insolvabilité, qu'elle soit judiciaire ou administrative, dans un pays étranger, à condition que le tribunal ou organisme administratif étranger menant la procédure ait la compétence voulue sur le débiteur et ses biens". [traduction non officielle]

Le Groupe de travail voudra peut-être étudier s'il serait utile d'inclure d'autres éléments dans une définition, par exemple une référence au fait que la procédure doit être ouverte dans l'intérêt de la totalité, ou de la quasi-totalité, des créanciers.

35. Le Groupe de travail voudra peut-être en outre étudier dans quelle mesure la condition selon laquelle la procédure étrangère doit être administrée par un tribunal ou être de caractère administratif devrait être absolue. Il faut noter ici qu'il existe dans certaines législations nationales des procédures de quasi-insolvabilité, de caractère contractuel, ouvertes par les parties elles-mêmes afin d'éviter l'insolvabilité.

E. Type de débiteur

36. On pourra se demander si le travail de la Commission devrait englober à la fois les débiteurs qui ont la personnalité juridique et les débiteurs qui sont des personnes physiques. On pourra objecter que l'inclusion des personnes physiques poserait des problèmes fondamentaux de caractère social et autres outrepassant largement les objectifs du projet. Dans le même temps, on pourra estimer que, si l'on exclut les personnes physiques, on limitera fortement la portée de l'instrument juridique envisagé, car il n'est pas rare que des activités commerciales importantes et des entreprises actives dans le commerce international soient dirigées par une personne privée ne présentant aucune des caractéristiques des personnes morales. Il faut alors se demander s'il serait possible, voire souhaitable, d'exclure les faillites de "consommateurs" du champ d'application de l'instrument.

F. Pouvoir d'agir du représentant étranger

37. Dans bon nombre de juridictions, il faudra sans doute se demander, avant de répondre favorablement à une demande adressée par le représentant d'une insolvabilité étrangère, si ce dernier est habilité en vertu de la procédure étrangère à agir au nom du débiteur pour ce qui est des actifs à l'étranger. La définition figurant dans le MIICA (art. 6 *a*)) peut être utile à cet égard :

"Le terme 'représentant étranger' désigne une personne qui, quelle que soit sa désignation, est chargée, en vertu des lois d'un pays extérieur à la présente juridiction, de s'acquitter de fonctions liées à une procédure étrangère qui sont équivalentes à celles exécutées par un syndic, liquidateur, administrateur, séquestre, curateur ou autre représentant d'un débiteur ou de biens d'un débiteur dans la présente juridiction". [traduction non officielle]

G. Considérations d'ordre public

38. Les États offrant une coopération en matière d'insolvabilité transnationale se réservent normalement le droit de refuser la reconnaissance en cas d'incompatibilité avec leur ordre public. Le Groupe de travail voudra peut-être étudier s'il serait possible d'élaborer une disposition type sur cette question. On notera, par exemple,

l'article 14-2 *b*) de la Convention d'Istanbul⁷, l'article 18 du projet UE⁸ et l'article 166-1 *b*) (en conjonction avec l'article 27) de la loi fédérale suisse sur le droit international privé.

III. EFFETS DE RECONNAISSANCE

39. La question fondamentale que doit ensuite trancher le législateur d'un pays disposé à reconnaître une procédure étrangère d'insolvabilité est la suivante : quels effets juridiques une telle reconnaissance devrait-elle avoir dans le "pays de la reconnaissance" ? Diverses questions subsidiaires découlent de cette question, fondamentale, notamment les suivantes : le débiteur, du fait de la reconnaissance de la procédure étrangère d'insolvabilité, est-il dessaisi de la même manière que si la procédure d'insolvabilité avait été ouverte par les tribunaux du pays de reconnaissance ? De quels pouvoirs dispose l'administrateur étranger dans le pays de la reconnaissance ? Quelle est la situation juridique des créanciers du débiteur ? Sont-ils empêchés de faire valoir leurs créances contre le débiteur dans le pays de la reconnaissance ? Quelle est leur situation s'ils ont déjà entamé des procédures judiciaires particulières contre le débiteur devant les tribunaux des pays de la reconnaissance ? Y a-t-il des exceptions pour des catégories données de créances, pour lesquelles les procédures judiciaires déjà entamées peuvent se poursuivre ?

40. Cette liste pourrait être à l'évidence prolongée à volonté et le Groupe de travail voudra peut-être envisager d'ajouter d'autres questions, en tenant compte du fait que le législateur est censé offrir des réponses aussi claires que possible.

A. Approches législatives possibles

41. Une comparaison des diverses législations nationales et des instruments internationaux fait apparaître qu'il existe différentes méthodes visant à traiter du problème.

1. Énumération détaillée des effets

42. L'une de ces méthodes consiste à établir une liste exhaustive, dans laquelle sont énumérées de manière détaillée toutes les conséquences de la reconnaissance d'une procédure d'insolvabilité étrangère, par exemple : les mesures liées aux actifs situés dans le pays de la reconnaissance que l'administrateur étranger est habilité à prendre, notamment : obtenir des renseignements, des témoignages et des dossiers concernant les comptes et les actifs du débiteur et d'autres éléments pertinents; les mesures de protection et de préservation des actifs que peut prendre l'administrateur étranger (notamment, demande d'assistance aux autorités compétentes de l'État de la reconnaissance, remise des biens à l'administrateur étranger et annulation des transferts préférentiels effectués avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité); situation du débiteur par rapport aux actifs situés dans cet État; possibilité pour les créanciers du débiteur de faire valoir leurs créances et d'entamer ou poursuivre une procédure judiciaire particulière à l'encontre du débiteur, et notamment détermination du point de savoir si la reconnaissance entraînerait la suspension d'une telle instance; et question de la libération par paiement au débiteur ou à l'administrateur étranger.

43. Le Groupe de travail voudra peut-être étudier d'autres effets possibles, ou principes liés à ces effets, qui pourraient être inclus dans une énumération. Par exemple, conformément au principe désigné dans certains pays de *common law* sous le nom de "hotchpot" et dans d'autres pays sous le nom de "marshalling", un créancier dont la créance a été partiellement payée dans une procédure ne peut prétendre à un dividende pour la même créance dans une autre procédure tant que les autres créanciers de même rang ou de même catégorie n'ont pas obtenu dans cette autre procédure un dividende équivalent. Ce principe, qui vise à assurer un traitement équitable de

⁷*Limitations à l'exercice des pouvoirs du syndic*

2. Le syndic ne peut accomplir, dans une autre Partie, un acte qui est :
- b. manifestement contraire à l'ordre public de cette Partie."

⁸*Ordre public*

Tout État contractant peut refuser de reconnaître une procédure d'insolvabilité ouverte dans un autre État contractant ou d'exécuter une décision prise dans le cadre d'une telle procédure, lorsque cette reconnaissance ou cette exécution produirait des effets manifestement contraires à son ordre public." [traduction non officielle]

tous les créanciers, est énoncé dans plusieurs législations nationales (par exemple, l'article 508 *a*) du Code des faillites des États-Unis) et dans des instruments internationaux (art. 5 de la Convention d'Istanbul; art. 12-2 du projet UE). Le Groupe de travail voudra peut-être étudier s'il serait possible d'élaborer une disposition type sur la question.

44. On trouve un exemple de ce type d'énumération au chapitre II de la Convention d'Istanbul. Cette Convention ne dispose pas que les effets d'une procédure étrangère d'insolvabilité sont intégralement exportés dans l'État de la reconnaissance (comme c'est le cas dans le projet UE décrit ci-après), ou que les effets de la procédure étrangère (*lex concursus*) se transforment en les effets qu'aurait une insolvabilité si la procédure avait été ouverte dans l'État de la reconnaissance (comme c'est le cas dans la loi suisse, également décrite ci-après).

45. La Convention d'Istanbul contient au contraire un ensemble de dispositions (chap. II, art. 6 à 14) conférant à l'administrateur étranger certains droits qu'il peut exercer dans l'État de la reconnaissance et qui régissent également certains aspects de la situation juridique des créanciers du débiteur, ainsi que des débiteurs du débiteur. Par exemple, l'article 8 dispose que le syndic peut prendre, conformément à la loi nationale, toute mesure nécessaire pour protéger ou préserver la valeur des biens du débiteur, y compris le recours à l'assistance des autorités compétentes locales. Le syndic peut accomplir ou faire accomplir tout acte d'administration, de gestion et de disposition des biens du débiteur, y compris leur déplacement hors de ce pays (art. 10). Seules peuvent engager ou continuer des poursuites individuelles à l'égard des biens du débiteur (art. 11) certaines catégories de créanciers (titulaires de créances de droit public et titulaires d'une créance liée à l'exploitation d'un établissement du débiteur dans ce pays ou résultant d'un emploi dans ce pays). La liste comporte également une disposition relative à l'effet libératoire des paiements et à la remise de biens au syndic ou au débiteur (art. 13).

46. Les avantages et inconvénients de ce système n'ont pu encore être déterminés dans la pratique, car la Convention n'est pas encore en vigueur. Toutefois, deux aspects particuliers de la Convention d'Istanbul seront peut-être déterminants pour son avenir. Premièrement, d'une part, ce système confère certains droits à l'administrateur étranger lui permettant d'agir au nom du débiteur pour ce qui est des biens locaux de ce dernier mais, d'autre part, ne dessaisit pas le débiteur du droit de disposition de ces biens locaux. Deuxièmement, les pouvoirs conférés à l'administrateur étranger par l'article 10 (administration, gestion ou disposition des biens du débiteur) sont suspendus durant une période de deux mois commençant le lendemain de la publication obligatoire de la décision d'ouverture de l'insolvabilité étrangère dans l'État de la reconnaissance (art. 11-1).

47. Cette clause de suspension semble avoir pour objet de donner aux créanciers la possibilité de demander l'ouverture de ce qu'on appelle une faillite secondaire dans l'État de la reconnaissance (chap. III de la Convention) qui empêcherait l'administrateur d'exercer ses pouvoirs dans ce pays (pour ce qui est de la faillite secondaire, voir ci-après les paragraphes 60 à 91). Le non-dessaisissement du débiteur, associé à la suspension de deux mois mentionnée ci-dessus, pourrait toutefois permettre au débiteur de disposer de suffisamment de temps pour transférer ses avoirs dans un autre pays. Cela ne pourrait être empêché que si l'administrateur étranger parvenait à prendre en temps voulu des mesures de protection appropriées conformément à l'article 8.

2. Effets de la reconnaissance par référence à la loi applicable

48. On peut retenir une seconde approche, très différente, consistant à déterminer les effets de la reconnaissance par application de la loi d'un des deux pays intéressés. On peut dans ce cas disposer soit (variante 1) que, lorsque la reconnaissance produit ses effets, l'ouverture de la procédure étrangère d'insolvabilité a, dans l'État de la reconnaissance, les mêmes effets que ceux qu'elle aurait en vertu de la loi de l'État dans lequel la procédure a été ouverte (sous réserve d'un certain nombre d'exceptions énumérées), ou (variante 2) qu'en cas de reconnaissance, la procédure étrangère a, dans l'État de la reconnaissance, les mêmes effets que ceux qu'elle aurait si la procédure avait été ouverte dans ledit État (sous réserve de certaines exceptions énumérées). On trouvera dans les paragraphes ci-après des exemples de ces deux variantes tirés de différentes législations.

a) La reconnaissance entraîne l'importation des effets de la législation étrangère des faillites

49. On trouve la variante 1 dans le projet UE, par exemple. Son article 9-1 dispose que la décision d'ouverture de la procédure prise par un tribunal ayant compétence en application de l'article 2-1 produit, sans aucune formalité, dans tout autre État contractant, les effets que lui attribue la loi de l'État où la procédure d'insolvabilité

a été ouverte, à moins que la Convention n'en dispose autrement et aussi longtemps qu'aucune procédure n'est ouverte dans cet autre État par un tribunal ayant compétence en application de l'article 2-2. L'article 10 relatif aux pouvoirs du syndic dispose quant à lui que le syndic désigné par une juridiction compétente en vertu de l'article 2-1 peut exercer sur le territoire d'un autre État contractant tous les pouvoirs qui lui sont conférés par la loi de l'État où la procédure d'insolvabilité a été ouverte, aussi longtemps qu'aucune autre procédure d'insolvabilité n'a été ouverte dans cet autre État.

b) *La reconnaissance déclenche l'application de la loi locale*

50. On trouvera un exemple de la variante 2 à l'article 170-1 de la LDIP. Cet article dispose que la reconnaissance de la décision de faillite rendue à l'étranger a, pour le patrimoine du débiteur sis en Suisse, les effets de la faillite tels que les prévoit le droit suisse.

51. Si l'on s'efforce d'évaluer les avantages et inconvénients des deux variantes décrites ci-dessus, il semble que la variante 1 soit justifiée d'un point de vue théorique, alors que la variante 2 est sans doute plus facile à appliquer dans la pratique. Si les conséquences juridiques de la reconnaissance, dans l'État de la reconnaissance, sont régies par la *lex concursus* étrangère (variante 1), il pourra être nécessaire dans certains cas d'évaluer la teneur de cette loi, ce qui peut prendre beaucoup de temps.

52. Sans vouloir suggérer que la Commission doive nécessairement se conformer à cette approche, ou la proposer en option, nous noterons que, pour ce qui est de la question de la loi applicable à l'annulation des transferts préférentiels, on trouve dans la législation allemande un exemple de "combinaison" de la législation des faillites étrangères et de la loi régissant les effets de l'opération. Selon cette approche, le représentant étranger peut contester, en application de la législation étrangère des faillites, un transfert préférentiel dont les effets sont régis par la loi de l'État de la reconnaissance si ledit transfert peut être contesté en vertu de la loi de ce dernier État. La condition selon laquelle la contestation doit être fondée en vertu de la loi locale peut être satisfaite par référence, par exemple, au droit préjudiciel ou au droit des contrats. Il est ainsi tenu compte de la règle de conflits allemande soumettant l'annulation d'une opération à la loi applicable à ladite opération.

c) *Le choix de la loi est laissé au tribunal de la reconnaissance*

53. On notera qu'il est possible qu'un État habilite les tribunaux à appliquer soit la loi qui pourrait être appliquée par le tribunal de l'État dans lequel la procédure d'insolvabilité reconnue a été ouverte, soit la loi de l'État de la reconnaissance. On trouve un exemple de cette approche à l'article 426-5 de la loi sur l'insolvabilité du Royaume-Uni, qui exhorte les tribunaux, lorsqu'ils exercent ce pouvoir discrétionnaire, à tenir compte en particulier des règles de droit international privé.

3. *Le pouvoir discrétionnaire des tribunaux en matière de détermination des effets de la reconnaissance*

54. Dans les systèmes juridiques accordant traditionnellement un pouvoir discrétionnaire aux tribunaux, notamment, les effets de la reconnaissance peuvent, dans une certaine mesure, être laissés à la discrétion du tribunal. On trouve un exemple de cette approche à l'article 304 du Code des faillites des États-Unis, qui prévoit un tel pouvoir discrétionnaire à deux niveaux. En premier lieu, la question de savoir s'il faut donner suite à une demande d'ouverture d'une procédure connexe est laissée à l'appréciation du tribunal, qui doit se fonder sur les principes mentionnés ci-dessus (voir par. 30). En second lieu, pour ce qui est des mesures particulières qui peuvent être ordonnées par le tribunal pour appuyer une procédure étrangère, cet article mentionne qu'il est possible d'interdire ou de suspendre une action d'un créancier local et de remettre les biens à l'administrateur étranger. Il indique également que le tribunal est autorisé à "ordonner d'autres mesures conservatoires appropriées".

4. *Exclusion de certains types de biens*

55. On notera que certaines juridictions exemptent les biens immeubles et les droits réels des créanciers ou tiers liés aux biens locaux du débiteur des effets de la reconnaissance accordée à une procédure étrangère d'insolvabilité. On trouve un exemple de cette approche à l'article 4 du projet UE. On pourra toutefois juger qu'une règle type générale à cet effet ne serait pas nécessairement souhaitable.

5. Aspects procéduraux de la reconnaissance

56. Si les conditions juridiques de la reconnaissance sont réunies, il faut alors déterminer par quels moyens la reconnaissance prend effet. A ce propos, les législations nationales se conforment en principe à deux approches différentes. Dans certains pays, par exemple la Suisse (art. 166 et 167 de la LDIP), la reconnaissance est déclenchée par une décision expresse du tribunal compétent de l'État de la reconnaissance. Dans d'autres systèmes, la procédure étrangère d'insolvabilité peut produire ses effets dans l'État de la reconnaissance sans aucune formalité.

57. Ces deux types de systèmes présentent des avantages. L'approche formelle est sans doute moins incertaine juridiquement, alors que l'approche prévoyant un effet immédiat donne à l'administrateur étranger la possibilité de prendre rapidement des mesures liées aux biens locaux du débiteur.

58. Il se peut toutefois que la question de l'approche à suivre en la matière soit examinée par le législateur dans le contexte plus large du droit procédural général, qui diffère considérablement d'un État à l'autre. Il serait donc sans doute préférable de laisser cette question entièrement à la discrétion du législateur national et de ne présenter aucune disposition type ou optionnelle.

59. Toutefois, le Groupe de travail voudra peut-être envisager une solution se situant à mi-chemin entre les deux approches mentionnées ci-dessus. Celle-ci consisterait à obliger l'administrateur étranger à faire publier les éléments essentiels de la décision étrangère (ouvrant la procédure d'insolvabilité) dans l'État de la reconnaissance (voir, par exemple, l'article 9 de la Convention d'Istanbul et l'article 13-2 du projet UE).

IV. PROCÉDURES D'INSOLVABILITÉ SECONDAIRES

60. L'une des plus importantes questions qui se posent dans le domaine de la coopération en matière d'insolvabilité internationale est la suivante : dans quelles circonstances les effets de la reconnaissance d'une procédure étrangère peuvent-ils être bloqués par l'ouverture d'une procédure distincte dans l'autre État et quelles en sont les conséquences ? Cette dernière procédure est parfois désignée sous le nom de "procédure d'insolvabilité secondaire".

61. L'attitude des législateurs à l'égard d'une telle procédure est variable, en raison notamment de divergences entre les pays en ce qui concerne la coopération en matière d'insolvabilité transnationale. On trouvera dans ce chapitre un examen des diverses techniques auxquelles peut recourir le législateur lorsqu'il élabore des dispositions légales relatives aux procédures secondaires, afin d'obtenir des résultats conformes aux considérations de doctrine en vigueur.

62. Une analyse de diverses juridictions nationales représentant les différents systèmes juridiques fait apparaître que même les pays qui ne se conforment pas au principe de la territorialité prévoient que, dans certaines circonstances, leurs tribunaux peuvent ouvrir une procédure d'insolvabilité territoriale distincte, même si une autre procédure d'insolvabilité concernant le même débiteur a déjà été ouverte dans un autre État avec lequel le débiteur a la relation la plus étroite. Ce qui sépare les différentes juridictions n'est pas le point de savoir si elles prévoient ou non la possibilité d'ouvrir une procédure territoriale distincte, mais plutôt de savoir si, et dans quelle mesure, les conditions et effets de ces procédures sont limités par rapport à ceux des procédures locales normales.

63. Les conséquences de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité territoriale distincte sur les effets extraterritoriaux de la procédure principale sont presque partout les mêmes : ces effets extraterritoriaux sont bloqués; avec l'ouverture de la procédure d'insolvabilité territoriale, l'administrateur étranger ne peut plus exercer dans le pays les pouvoirs dont il aurait pu disposer si cette procédure n'avait pas été ouverte.

64. Une procédure territoriale a un effet de blocage d'autant plus grand qu'il s'agit d'une procédure entièrement distincte, sans aucune différence avec une procédure normale d'insolvabilité nationale. Dans ce contexte, il n'y a ni restrictions pour ce qui est de l'exercice de la compétence en matière d'ouverture de la procédure, ni limitation quant aux catégories de créanciers habilités à obtenir paiement à partir du produit de la liquidation des biens locaux dans la procédure territoriale distincte.

A. Liens éventuels avec la procédure étrangère principale

65. Une des premières mesures à prendre pour assurer une certaine coordination entre la procédure territoriale distincte et la procédure étrangère principale peut consister à disposer que, du fait de l'existence de la procédure étrangère principale, il n'est pas nécessaire de prouver l'insolvabilité du débiteur avant d'ouvrir la procédure territoriale.

66. Un autre lien entre la procédure étrangère principale et la procédure territoriale distincte sera établi si, outre les personnes habilitées en vertu de la législation locale des faillites, l'administrateur étranger est également habilité à demander l'ouverture d'une procédure territoriale.

67. Si le législateur veut accorder une préséance plus marquée à la procédure étrangère, il peut le faire en recourant aux moyens suivants, ou à certains d'entre eux : 1) restriction du pouvoir d'ouvrir une procédure territoriale distincte; 2) limitation du droit des créanciers de demander l'ouverture d'une telle procédure; 3) limitation du droit des créanciers à obtenir paiement au moyen du produit de la liquidation territoriale des actifs locaux. Les procédures territoriales comprenant un ou plusieurs de ces éléments, qui sont traitées ci-dessous, sont en général désignées sous le nom de "procédures d'insolvabilité secondaires".

1. Restriction de la compétence

68. On trouve dans le projet UE une restriction de grande portée quant à l'exercice du pouvoir d'ouvrir une procédure secondaire. En application de l'article 19 (en conjonction avec l'article 2-2), une procédure secondaire ne peut être ouverte que si le débiteur a un établissement dans l'État de la procédure secondaire. Dans ce cas, la procédure secondaire, portant sur les biens du débiteur situé dans cet État, peut être ouverte sans autre preuve de l'insolvabilité du débiteur.

69. Ainsi, si le débiteur n'a que des biens et non un établissement dans ce pays, il est impossible d'ouvrir une procédure secondaire. Dans ce cas, l'administrateur étranger ne peut être empêché d'exercer tous les pouvoirs que l'État de la procédure principale lui confère, ce qui peut entraîner le transfert des actifs locaux sous le contrôle de la procédure étrangère principale. Un tel transfert n'est pas subordonné à l'approbation des tribunaux des États dans lesquels les actifs sont situés.

70. On notera que, dans ce système, les pouvoirs de l'administrateur étranger ne sont reconnus que si cet administrateur a été nommé dans une procédure d'insolvabilité ouverte dans l'État où est situé le centre des intérêts principaux du débiteur (voir ci-dessus, par. 23 à 27).

71. Par contraste avec le projet UE, la Convention d'Istanbul ne prévoit pas de limitation quant à l'exercice du pouvoir d'ouvrir une procédure secondaire. De telles procédures peuvent être ouvertes, sans autre preuve de l'insolvabilité du débiteur, si ce dernier a soit un établissement, soit des biens dans cet État, sans préjudice des autres chefs de compétence prévus par la loi nationale (art. 17).

72. L'approche retenue dans la loi suisse représente un compromis entre ces deux approches. Une procédure d'insolvabilité suisse, entièrement indépendante, ne peut être ouverte que si le débiteur a un établissement dans ce pays. S'il n'y dispose que de biens (ou si, dans le cas d'un établissement local, l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité nationale distincte n'a pas été demandée), l'administrateur étranger nommé dans le cadre de la procédure de faillite principale n'est pas automatiquement habilité à retirer ces biens en vue de les distribuer dans le cadre de la procédure étrangère (comme il pourrait le faire en application du projet UE). Dans de tels cas, une procédure secondaire portant sur les biens situés en Suisse doit être ouverte par le tribunal suisse compétent. Dans cette procédure secondaire, le droit des créanciers à obtenir paiement au moyen du produit de la liquidation des biens locaux est restreint (pour plus de détails, voir ci-dessous, sect. 3, par. 76 à 87).

2. Limitation du droit des créanciers de demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité secondaire

73. Toute restriction de la compétence revient à limiter le nombre de cas dans lesquels il est possible de bloquer les effets d'une procédure étrangère principale en ouvrant une procédure secondaire. On peut également arriver à ce résultat en limitant le droit de demander l'ouverture d'une procédure secondaire, plutôt que de donner

la possibilité de recourir à une telle procédure à tous les créanciers ayant le droit de demander l'ouverture d'une procédure locale normale.

74. Selon cette approche, la législation des faillites de l'État de la procédure secondaire ne resterait applicable, en raison de considérations de principe, qu'à certaines catégories de créanciers, même dans le cas où une procédure étrangère principale a été ouverte. Ces créanciers peuvent notamment être les détenteurs de créances privilégiées ou assorties d'une sûreté, de créances de droit public et de créances découlant de l'exploitation d'un établissement du débiteur dans l'État de la procédure secondaire, notamment les créances des employés de tels établissements.

75. L'approche consistant à n'habiliter que certaines catégories de créanciers à demander l'ouverture d'une procédure secondaire a été retenue, par exemple, dans les Traités de Montevideo. Selon ces instruments, seuls les créanciers locaux sont habilités à demander l'ouverture d'une procédure locale distincte (art. 45 du Traité de 1940, art. 39 du Traité de 1889). Les "créanciers locaux" sont définis comme les créanciers dont les créances sont payables dans l'État de la procédure secondaire.

3. Limitation du droit des créanciers à être payés dans les procédures secondaires

76. Deux types de techniques législatives ont été utilisées pour déterminer les catégories privilégiées de créanciers pouvant être payées au moyen du produit de la liquidation des biens locaux dans la procédure secondaire. Une solution possible consiste à établir une liste exhaustive de ces catégories de créanciers. Cette technique est utilisée, par exemple, dans la Convention d'Istanbul, qui énumère à l'article 21 les créances suivantes : les créances assorties d'un privilège ou d'une sûreté réelle; les créances de droit public; les créances des employés dans l'État de la procédure secondaire; les créances liées à l'exploitation d'un établissement du débiteur dans l'État de la procédure secondaire (il semble que l'on privilégie cette dernière catégorie de créanciers au motif que les créanciers traitant avec un établissement local ont le droit de compter sur les biens de cet établissement).

77. On peut adopter une autre approche consistant, plutôt que d'énoncer une liste des catégories de créanciers habilités à avoir accès aux biens locaux, à donner ce droit à tous les créanciers qui auraient, dans la procédure étrangère principale, une situation juridique moins favorable que celle qu'ils auraient dans une procédure secondaire du fait de l'application de la loi locale. Le principe sur lequel se fonde cette approche est le suivant : il faut contrebalancer une "détérioration injustifiée" (du point de vue de l'État de la procédure secondaire) de la situation juridique des créanciers dans la procédure principale étrangère en privilégiant ces créanciers dans la procédure secondaire.

78. On trouve dans les articles 173 et 174 de la LDIP suisse une combinaison des deux techniques législatives décrites ci-dessus. Comme la Suisse est un des rares pays de droit continental à avoir élaboré des dispositions détaillées sur la reconnaissance des procédures d'insolvabilité étrangères, il pourrait être utile de décrire brièvement le système suisse avant de traiter des deux règles de protection énoncées aux articles 173 et 174 de la LDIP.

79. Une procédure d'insolvabilité étrangère peut être reconnue en Suisse si cette procédure a été ouverte dans un État dans lequel le débiteur a son domicile ou, dans le cas d'une société, où la société du débiteur a son siège (voir ci-dessus, par. 25 et 26). La reconnaissance d'une procédure d'insolvabilité ouverte dans l'État du domicile du débiteur (ou de son siège, le cas échéant) peut être bloquée par l'ouverture d'une procédure suisse d'insolvabilité normale, entièrement distincte, si le débiteur a un établissement en Suisse.

80. Le seul fait que le débiteur ait des biens en Suisse n'est pas un motif suffisant pour qu'une procédure suisse normale puisse être ouverte pour ce qui est de ces biens (restriction de la compétence, voir ci-dessus, par. 72). Dans un tel cas, seule une procédure secondaire peut être ouverte. Une telle procédure est régie par des règles différentes (art. 166 à 175 de la LDIP) de celles qui sont applicables à une procédure locale normale. L'ouverture de cette procédure secondaire peut être demandée par l'administrateur de la procédure principale étrangère ou par tout créancier, car il n'y a pas de limitation du droit qu'ont les créanciers de demander l'ouverture d'une procédure secondaire.

81. La différence essentielle entre la procédure secondaire et une procédure locale normale tient à la limitation du droit des créanciers à obtenir paiement à partir du produit de la liquidation dans le cadre de la procédure secondaire. Ce droit est réservé inconditionnellement aux créanciers nantis et aux créanciers préférentiels en vertu de la loi suisse sur la faillite (méthode de l'énumération).

82. Cela ne signifie pas, toutefois, que les biens restants sont automatiquement transférés à l'administrateur étranger. Les articles 173 et 174 entrent alors en jeu, afin de protéger les créanciers domiciliés ou ayant leur siège en Suisse contre tout traitement discriminatoire dans le cadre de la procédure étrangère principale. Avant que le produit restant ne soit transféré à l'administrateur étranger, l'état de collocation étranger doit être reconnu par le tribunal suisse ayant ouvert la procédure secondaire.

83. Dans ce contexte, le tribunal suisse doit étudier si les créanciers domiciliés ou ayant leur siège en Suisse "ont été admis équitablement à l'état de collocation étranger" (art. 173 de la LDIP). Si l'état de collocation étranger n'est pas reconnu par le tribunal suisse ou ne lui a pas été soumis, le solde est réparti entre les créanciers ayant leur domicile ou leur siège en Suisse (art. 174 de la LDIP).

84. Les considérations de principe sur lesquelles se fondent les articles 173 et 174 de la LDIP sont similaires à celles qui sous-tendent l'article 304 c) 2) du Code des faillites des États-Unis. Ces deux approches ont pour objet de contrebalancer le traitement défavorable (du point de vue du pays "protecteur") que subiraient certains créanciers dans la procédure principale étrangère.

85. A ce propos, on notera que la Convention d'Istanbul ne comporte pas de clauses antidiscriminatoires similaires qui seraient applicables dans la procédure secondaire. La Convention tente plutôt de renforcer l'égalité entre les créanciers dans la procédure principale en disposant, à l'article 24, que les créanciers de la faillite principale habilités à recevoir un dividende sur la partie de l'actif provenant de la faillite secondaire sont traités de manière égale, sans tenir compte des privilèges ou autres exceptions au principe de l'égalité des créanciers prévus par la loi de la faillite principale.

86. Il semble toutefois qu'une disposition du type de l'article 24 de la Convention d'Istanbul ne fonctionnerait que dans le cadre d'une convention à laquelle les deux États en jeu, à savoir l'État de la procédure principale et l'État de la procédure secondaire, adhèreraient. Un législateur national pourrait difficilement suivre cet exemple, car il n'aurait pas compétence pour adopter des dispositions relatives à la situation juridique des créanciers dans des procédures menées dans d'autres États.

87. Afin de faciliter les débats du Groupe de travail, on trouvera ci-après une récapitulation de la manière dont les approches décrites dans la section A ont été reprises dans les différents instruments juridiques :

Système 1 : Compétence pour ouvrir une procédure d'insolvabilité territoriale (secondaire) dans l'État B si le débiteur y a un établissement (aucune compétence si des biens seulement y sont situés); aucune limitation du droit qu'ont les créanciers de demander l'ouverture d'une procédure secondaire dans l'État B; aucune limitation à l'accès des créanciers au produit de la liquidation dans la procédure secondaire (projet UE).

Système 2 : Compétence pour ouvrir une procédure secondaire dans l'État B, non seulement si le débiteur y a un établissement, mais également s'il y a des biens; aucune limitation des droits des créanciers de demander l'ouverture d'une procédure secondaire dans l'État B; limitation de l'accès des créanciers au produit de la liquidation dans le cadre de la procédure secondaire (Convention d'Istanbul).

Système 3 : Compétence pour ouvrir une procédure territoriale (secondaire) dans l'État B, non seulement si le débiteur y a un établissement, mais également s'il y a des biens; aucune limitation du droit des créanciers de demander l'ouverture d'une procédure territoriale (secondaire); limitation de l'accès des créanciers au produit de la liquidation dans le cadre de la procédure secondaire, sauf dans le cas où le débiteur a un établissement dans l'État B pouvant conduire, sur la demande des créanciers, à l'ouverture d'une procédure locale d'insolvabilité distincte (législation suisse).

Système 4 : Identique au système 3, mais il n'y a en aucun cas de restriction à l'accès des créanciers au produit de la liquidation dans le cadre de la procédure secondaire (Allemagne, à compter du 1er janvier 1999).

B. Procédure connexe visant à appuyer la procédure principale étrangère

88. On pourrait envisager d'inclure dans le menu d'options à l'intention des législateurs une autre approche, qui pourrait être considérée comme liée à la question de la procédure secondaire : il s'agirait de prévoir la possibilité d'ouvrir une procédure connexe, ayant expressément pour objet d'appuyer une procédure principale étrangère. Comme il a été déjà noté, le principal exemple de cette approche est l'article 304 du Code des faillites des États-Unis. La MIICA reprend également ce type d'approche.

89. Comme il est indiqué dans ces instruments, ces procédures connexes peuvent avoir les objets suivants : empêcher l'ouverture ou la poursuite de procédures d'insolvabilité locales et l'exécution de décisions à l'encontre du débiteur portant sur ses biens locaux, ou jonction de la procédure locale en cours et de la procédure connexe; transfert à la procédure étrangère principale de biens ou des produits de ces biens; obtention de témoignages ou production de livres, dossiers ou autres documents relatifs à une insolvabilité; obtention de la reconnaissance et de l'exécution d'un jugement ou d'une décision étrangers; et obtention de toute autre mesure provisoire appropriée.

90. On notera que, selon cette approche, au cas où une telle procédure n'est pas possible ou est refusée, le représentant étranger reste libre d'entamer une procédure locale indépendante.

91. Le Groupe de travail voudra peut-être étudier d'autres questions qui pourraient être traitées à propos des procédures connexes, par exemple la question de la loi applicable par le tribunal ouvrant la procédure connexe. A ce propos, la MIICA oblige ce tribunal à appliquer les dispositions de fond de la législation des faillites du tribunal étranger menant la procédure principale.

V. ACCÈS DU REPRÉSENTANT DE L'INSOLVABILITÉ ÉTRANGÈRE

92. Le terme "accès" peut être compris comme désignant le mécanisme procédural utilisé par le représentant étranger pour demander la reconnaissance. Le Groupe de travail voudra peut-être étudier s'il serait souhaitable et possible d'inclure des dispositions sur les mécanismes procéduraux utilisables pour obtenir l'accès et la reconnaissance.

93. Pour ce qui est des catégories de mécanismes, on peut établir une distinction entre les mécanismes diplomatiques officiels, mécanismes faisant intervenir des communications directes entre les tribunaux de différents États, et les mécanismes de type exequatur par le biais de mécanismes administratifs ou quasi judiciaires. A ce propos, on notera qu'il n'est pas typique, dans les usages internationaux, qu'un tribunal envoie directement une commission rogatoire au tribunal étranger correspondant. Ces contacts directs supposent normalement un accord entre les deux États. Dans d'autres cas, la commission rogatoire est transmise par la voie diplomatique. Cette approche est codifiée dans la Convention multilatérale de La Haye sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale (1970), qui prévoit la transmission des commissions rogatoires par l'intermédiaire d'"autorités centrales" des deux États.

94. Dans le même temps, on notera que, dans diverses juridictions nationales et dans la Convention d'Istanbul et le projet UE, une procédure d'insolvabilité étrangère, y compris les pouvoirs d'un administrateur étranger, est reconnue *ipso jure* si des conditions expresses sont remplies. Ainsi, un "accès" immédiat est prévu sans intervention des tribunaux ou autres formalités.

95. Que ce soit sous la rubrique de l'"accès" ou ailleurs, il pourra être jugé essentiel d'inclure une disposition spécifiant que la comparution du représentant étranger demandant la reconnaissance ne soumet pas ce dernier à la pleine juridiction du tribunal. D'autres questions pourront être envisagées, notamment le type de pièces à fournir par le représentant demandant l'accès et quelle devrait être l'entité habilitée à demander la reconnaissance.

VI. COOPÉRATION JUDICIAIRE

96. Si la notion de coopération judiciaire peut être considérée comme étroitement liée aux notions d'accès et de reconnaissance, englobant ainsi un ensemble d'activités de coopération entre les juridictions participant à une insolvabilité transnationale, il pourrait être utile, du moins à ce stade, d'examiner ces notions séparément, dans la mesure du possible. Ainsi, le Groupe de travail voudra peut-être étudier quels aspects de la procédure pourraient être traités sous la rubrique de la coopération judiciaire. La présentation des questions ci-après ne doit pas être interprétée comme constituant une liste exhaustive des questions pouvant se poser dans ce domaine.

A. Approbation de protocoles spéciaux

97. La coopération judiciaire peut consister en l'approbation, par les tribunaux des juridictions intéressées, de protocoles spéciaux convenus par les parties concernant divers aspects de l'administration d'une insolvabilité transnationale et établissant un régime de coopération. Ces protocoles peuvent être particulièrement intéressants lorsqu'un débiteur exerce des activités commerciales importantes dans plus d'une juridiction, ce qui fait que la juridiction principale est investie d'une autorité dans plus d'une juridiction.

98. De tels protocoles ont été utilisés avec succès dans un certain nombre d'importantes affaires d'insolvabilité transnationale. En outre, le Comité J de la Section du droit des affaires de l'AIB a récemment mis au point un modèle de protocole spécial (intitulé "Concordat pour l'insolvabilité transnationale"). L'objet de ce concordat, qui est essentiellement fondé sur les règles de droit international privé, est de proposer des règles, dont certaines peuvent être applicables à toute insolvabilité transnationale, que les participants ou les tribunaux pourront adopter pour traiter notamment des questions suivantes : désignation du for administratif; application des règles de priorité de ce for; certaines règles applicables dans les cas où il y a plus d'un for administratif; et désignation des règles applicables pour annuler les transferts de biens ayant été effectués durant la période précédant l'insolvabilité.

B. Communication judiciaire

99. Une autre question pourra être traitée sous la rubrique de la coopération judiciaire, celle des communications entre juges de juridictions différentes participant à une affaire d'insolvabilité transnationale. De telles communications peuvent être particulièrement utiles pour permettre aux juges d'obtenir des informations précises et coordonner leurs actions, leurs procédures et leurs décisions.

100. Bien que potentiellement utiles, les communications entre juges suscitent des préoccupations plus ou moins grandes, notamment dans les systèmes juridiques qui ne sont pas habitués à de telles initiatives de la part des juges, ainsi que des inquiétudes quant aux garanties procédurales offertes aux parties. Diverses techniques peuvent être envisagées pour y répondre, notamment une ou plusieurs des suivantes : notification aux parties de l'arrivée d'une communication; présence des parties durant la communication; soumission d'un enregistrement de la communication aux parties; communication par le biais d'un tiers agréé par les parties.

VII. AUTRES QUESTIONS

101. Comme il a été noté dès le départ, la présente note ne traite pas de toutes les questions qui pourront se révéler pertinentes dans le cadre des travaux relatifs à l'insolvabilité transnationale. Le Groupe de travail voudra donc peut-être étudier d'autres aspects, notamment ceux qui sont présentés ci-dessous, pour approfondir le débat.

A. Obligation d'informer les créanciers

102. Souvent, les créanciers sont informés tardivement, ou ne sont pas informés du tout, de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dans un autre pays. Il serait peut-être souhaitable et possible d'élaborer une disposition type qui prévoirait que, dès qu'une procédure d'insolvabilité est ouverte, l'autorité compétente ou l'administrateur doit informer promptement et individuellement les créanciers connus résidant dans un autre pays. Parmi les exemples de cette disposition, on mentionnera l'article 30 de la Convention d'Istanbul et l'article 32-1 du projet UE.

B. Obligation des administrateurs de se communiquer des informations

103. La coopération dans le cadre des insolvabilités transnationales sera sans doute renforcée si les administrateurs nommés dans la procédure principale et dans une procédure territoriale (secondaire) se communiquent entre eux toute information pouvant être utile à l'autre procédure (voir l'article 25 de la Convention d'Istanbul et l'article 24 du projet UE).

C. Rapport du groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité sur les travaux de sa dix-neuvième session (New York, 1er-12 avril 1996) (A/CN.9/422) [original : anglais]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION	1 - 11
I. DÉBATS ET DÉCISIONS	12 - 13
II. PROJET DE DISPOSITIONS LÉGISLATIVES TYPES DE LA CNUDCI SUR LA COOPÉRATION JUDICIAIRE ET L'ACCÈS ET LA RECONNAISSANCE DANS LES CAS D'INSOLVABILITÉ TRANSNATIONALE	14 - 19
A. Observations générales	14 - 16
B. Examen des projets de dispositions	17 - 23
CHAPITRE I. DISPOSITIONS GÉNÉRALES	24 - 74
Article 1. Champ d'application	24 - 33
Article 2. Définitions et règles d'interprétation	34 - 65
Article 3. Obligations internationales du présent État	66 - 67
Article 4. [Tribunal] [autorité] compétent[e] pour la reconnaissance des procédures étrangères	68 - 69
Article 5. Autorisation donnée aux administrateurs d'agir à l'étranger	70 - 74
CHAPITRE II. RECONNAISSANCE DES PROCÉDURES D'INSOLVABILITÉ ÉTRANGÈRES	75 - 128
Article 6. Reconnaissance des procédures d'insolvabilité étrangères	76 - 93
Article 7. Mesures disponibles en cas de reconnaissance de la procédure étrangère	94 - 119
Article 8. Modification et expiration des mesures accordées	120 - 121
Article 9. Notification des créanciers	122 - 123
Article 10. Exécution d'obligations au profit du débiteur	124 - 128
CHAPITRE III. COOPÉRATION JUDICIAIRE	129 - 143
Article 11. Autorisation de la coopération judiciaire	129 - 143
CHAPITRE IV. ACCÈS DES REPRÉSENTANTS ET DES CRÉANCIERS ÉTRANGERS AUX TRIBUNAUX	144 - 191
Article 12. Demande de reconnaissance d'une procédure étrangère	144 - 151
Article 13. Preuve de la procédure étrangère	152 - 159
Article 14. Comparution limitée	160 - 166
Article 15. Demandes adressées à un tribunal non compétent	167 - 169
Article 16. Ouverture d'une procédure d'insolvabilité par le représentant étranger	170 - 177
Article 17. Accès des créanciers étrangers à la procédure d'insolvabilité dans le présent État	178 - 191
CHAPITRE V. PROCÉDURES PARALLÈLES	192 - 199
Article 18. Procédures parallèles	192 - 197
Article 19. Taux de paiement des créanciers	198 - 199

INTRODUCTION

1. À sa dix-neuvième session, le Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité a poursuivi ses travaux concernant l'élaboration d'un instrument juridique relatif aux aspects transnationaux de l'insolvabilité, qu'il avait entrepris conformément à une décision prise par la Commission à sa vingt-huitième session (Vienne, 2-26 mai 1995)¹.

2. La décision de la Commission d'entreprendre des travaux sur les aspects transnationaux de l'insolvabilité faisait suite à des suggestions qui lui avaient été faites par des praticiens directement concernés par le problème, notamment lors du Congrès de la CNUDCI sur "Un droit commercial uniforme au XXIème siècle", tenu à New York parallèlement à la vingt-cinquième session de la Commission, du 18 au 22 mai 1992². A sa vingt-sixième session, la Commission a décidé d'étudier de plus près ces suggestions³. Par la suite, afin d'évaluer l'opportunité et la faisabilité de travaux dans ce domaine et de définir comme il convenait la portée de ces travaux, la CNUDCI et l'International Association of Insolvency Practitioners (INSOL) ont organisé un Colloque sur les aspects transnationaux de l'insolvabilité (Vienne, 17-19 avril 1994), qui a rassemblé des praticiens représentant diverses disciplines spécialisés dans les affaires d'insolvabilité, des juges, des hauts fonctionnaires et des représentants d'autres secteurs intéressés, notamment celui des bailleurs de fonds⁴.

3. Lors de ce premier Colloque CNUDCI-INSOL, il a été proposé que tout au moins au stade actuel, la Commission se fixe un objectif limité mais utile, à savoir faciliter la coopération judiciaire, et l'accès aux tribunaux des administrateurs de faillites étrangères ainsi que la reconnaissance des procédures étrangères d'insolvabilité (ces deux volets sont ci-après appelés "coopération judiciaire" et "accès et reconnaissance"). Il a en outre été proposé d'organiser une réunion internationale de magistrats afin d'obtenir leur avis sur les travaux de la Commission dans ce domaine. La Commission a accueilli favorablement ces suggestions à sa vingt-septième session⁵.

4. La CNUDCI et l'INSOL ont ensuite organisé à Toronto, les 22 et 23 mars 1995, un deuxième Colloque judiciaire sur les aspects transnationaux de l'insolvabilité⁶. L'objectif était de faire en sorte que la Commission, au moment où elle entreprenait des travaux sur ce sujet, obtienne les avis de juges et de hauts fonctionnaires sur la question de la coopération judiciaire dans les affaires d'insolvabilité transnationale et sur les questions connexes de l'accès et de la reconnaissance. Les participants au Colloque ont estimé à l'unanimité qu'il serait utile que la Commission fournisse un cadre législatif, sous forme, par exemple, de dispositions législatives types, pour la coopération judiciaire, et qu'elle incorpore dans le texte qu'elle élaborerait des dispositions sur l'accès et la reconnaissance. Lorsqu'elle a pris acte des vues exprimées au Colloque, la Commission a noté que le Groupe de travail examinerait diverses questions qui avaient été soulevées à cette occasion quant à la portée et aux effets éventuels du texte juridique à élaborer et quant aux approches à adopter.

¹*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 17 (A/50/17), par. 382 à 393.*

²Publication des Nations Unies, numéro de vente : F.94.V.14.

³*Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-huitième session, Supplément n° 17 (A.48/17), par. 302 à 306.* La note du secrétariat sur laquelle la Commission s'est fondée porte la cote A/CN.9/378/Add.4.

⁴Le rapport du Colloque est publié sous la cote A/CN.9/398. Le compte rendu est publié dans *International Insolvency Review*, 1995, Vol. 4.

⁵*Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, Supplément n° 17 (A/49/17), par. 215 à 222.*

⁶Le rapport du Colloque judiciaire est publié sous la cote A/CN.9/413.

5. Le Groupe de travail s'est penché sur ces questions à sa dix-huitième session, qui a eu lieu à Vienne du 30 octobre au 10 novembre 1995⁷. Il a notamment examiné des projets de dispositions portant sur la définition de certains termes, la reconnaissance des procédures étrangères, les effets de la reconnaissance, les modalités d'accès aux tribunaux des représentants étrangers et la coopération judiciaire dans le cadre de procédures parallèles. A la fin de la session, le Groupe de travail a prié le secrétariat d'établir, pour sa présente session, des projets de dispositions sur la coopération judiciaire et l'accès et la reconnaissance, en tenant compte des vues et suggestions exprimées à cette session.

6. Le Groupe de travail, qui est composé de tous les États membres de la Commission, a tenu sa dix-neuvième session à New York du 1er au 12 avril 1996. Y ont participé des représentants des États suivants, membres du Groupe de travail : Allemagne, Arabie saoudite, Argentine, Australie, Autriche, Botswana, Bulgarie, Chili, Chine, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Finlande, France, Inde, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Kenya, Pologne, République de Slovaquie, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Singapour, Thaïlande et Uruguay.

7. Ont également participé à la session des observateurs des États suivants : Afrique du Sud, Bénin, Burundi, Canada, Colombie, Croatie, Estonie, Liban, Maroc, Myanmar, Namibie, Pays-Bas, République de Corée, République tchèque, Suède, Suisse, Swaziland et Ukraine.

8. Les organisations internationales suivantes étaient aussi représentées par des observateurs : Centre régional du Caire pour l'arbitrage commercial international, Association européenne des praticiens des procédures collectives (AEPPC), International Association of Insolvency Practitioners (INSOL), Association internationale du barreau (AIB), Chambre de commerce internationale (CCI), International Women's Insolvency and Restructuring Confederation et Union internationale des avocats.

9. Le Groupe de travail a élu le bureau ci-après :

Présidente : Mme Kathryn Sabo (Canada)

Rapporteur : M. Ricardo Sandoval (Chili).

10. Le Groupe de travail était saisi de l'ordre du jour provisoire (A/CN.9/WP.V/WP.43) et d'une note du secrétariat contenant un projet de dispositions législatives sur la coopération judiciaire et l'accès et la reconnaissance dans les cas d'insolvabilité transnationale (A/CN.9/WG.V/WP.44), sur laquelle il a fondé ses débats.

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

1. Élection du bureau.
2. Adoption de l'ordre du jour.
3. Aspects transnationaux de l'insolvabilité.
4. Questions diverses.
5. Adoption du rapport.

I. DÉBATS ET DÉCISIONS

12. Le Groupe de travail a examiné un projet de dispositions législatives sur la coopération judiciaire et l'accès et la reconnaissance dans les cas d'insolvabilité transnationale qui figurait dans la note établie par le secrétariat (A/CN.9/WG.V/WP.44).

13. Après avoir entamé l'examen du document A/CN.9/WG.V/WP.44, le Groupe de travail a constitué un groupe de rédaction officieux qu'il a chargé de réviser le projet de dispositions législatives, compte tenu des vues exprimées lors des débats et des décisions prises. Il est rendu compte dans le chapitre III ci-après des débats et des conclusions du Groupe de travail, et notamment de son examen de divers projets de dispositions.

⁷Le rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa dix-huitième session est publié sous la cote A/CN.9/419.

II. PROJET DE DISPOSITIONS LÉGISLATIVES TYPES DE LA CNUDCI SUR LA COOPÉRATION JUDICIAIRE ET L'ACCÈS ET LA RECONNAISSANCE DANS LES CAS D'INSOLVABILITÉ TRANSNATIONALE

A. Observations générales

14. Avant de passer à un examen détaillé du projet d'articles, le Groupe de travail a procédé à un échange de vues d'ordre général, en commençant par la question de la forme que prendrait l'instrument en cours d'élaboration.

15. On a noté que le projet de texte dont le Groupe de travail était saisi revêtait la forme de dispositions législatives types. Il s'agissait là d'une hypothèse de travail proposée par le secrétariat, mais cela n'interdisait nullement de prendre par la suite la décision d'en faire un projet de convention. Comme argument à l'appui de dispositions législatives types, on a essentiellement fait valoir qu'il était souhaitable que le texte présente une certaine souplesse étant donné la diversité des approches retenues dans les législations nationales ainsi que des formes de coopération et de coordination qui avaient cours en matière d'insolvabilité transnationale. On a également fait observer que les initiatives prises jusqu'à présent pour élaborer et adopter des conventions multilatérales dans ce domaine s'étaient heurtées à des difficultés.

16. Selon un autre point de vue, le Groupe de travail ne devait pas exclure la possibilité que le texte soit, en fin de course, adopté sous la forme d'un projet de convention. On a fait valoir que cette possibilité était d'autant plus envisageable que le texte en cours d'élaboration traitait essentiellement de questions de procédure et comportait des dispositions qui auraient tout à fait leur place dans une convention. Le Groupe de travail a décidé de revenir, à un stade ultérieur, sur la question de la forme du futur instrument.

B. Examen des projets de dispositions

Intitulé

17. Le Groupe de travail a commencé par l'examen de l'intitulé qui parlait de "dispositions législatives types" et non pas de "loi type". On a noté que ce libellé s'expliquait par le désir de ménager la possibilité de voir les dispositions être incorporées dans les lois nationales existantes sur l'insolvabilité pour, en quelque sorte, les rendre plus opérantes dans les cas d'insolvabilité transnationale, au lieu d'être adoptées sous la forme d'une loi spécialisée et autonome.

Préambule

18. Le texte du préambule dont était saisi le Groupe de travail était le suivant :

"CONSIDÉRANT qu'il est souhaitable de prévoir des mécanismes efficaces pour traiter des cas d'insolvabilité transnationale afin de promouvoir les objectifs suivants :

- a) administrer équitablement et efficacement les insolvabilités de manière à protéger les intérêts des créanciers du présent État, ainsi que ceux des créanciers étrangers;
- b) maximiser la valeur des biens du débiteur insolvable en cas de procédure d'insolvabilité;
- c) faciliter le redressement d'entreprises en difficulté financière mais viables, ce qui permettra de protéger des investissements et de préserver des emplois;
- d) promouvoir et instaurer un cadre prévisible pour le commerce et les investissements dans le présent État; et
- e) développer la coopération entre les tribunaux et les autres autorités compétentes des États intervenant dans des affaires d'insolubilité transnationale;

le [Gouvernement] [Parlement] du présent État adopte les dispositions ci-après."

19. A l'appui de l'inclusion d'un préambule, on a fait valoir que l'énoncé des objectifs sous-tendant le texte serait utile pour l'interprétation et l'application de ce dernier.

20. On a émis l'avis que l'alinéa *a)* devrait parler uniquement de la protection des "intérêts des créanciers" sans mentionner séparément les créanciers de l'État qui adopterait les dispositions types et les créanciers étrangers. Cette double référence risquait, en effet, de donner l'impression que le même traitement ne serait pas accordé aux deux catégories de créanciers.

21. On a, par ailleurs, fait observer que le libellé de l'alinéa *a)*, qui mentionnait uniquement la protection des intérêts des créanciers, était sans doute trop restrictif car l'administration d'une insolvabilité transnationale pouvait mettre en jeu les intérêts de parties autres que les créanciers.

22. On a suggéré d'ajouter au préambule des références à la "non-discrimination" fondée sur la nationalité des créanciers; à l'obtention d'informations sur les biens du débiteur [alinéa *b)*]; et à la protection des avoirs, celle-ci devant compter parmi les objectifs des dispositions.

23. Par la suite, le groupe de rédaction créé par le Groupe de travail a proposé la version révisée ci-après du préambule pour examen à une session ultérieure :

"CONSIDÉRANT qu'il est souhaitable de prévoir des mécanismes efficaces pour traiter des cas d'insolvabilité transnationale afin de promouvoir les objectifs suivants :

a) administrer équitablement et efficacement les insolvabilités de manière à protéger les intérêts des créanciers et des autres parties intéressées;

b) faciliter la réunion d'informations sur les biens et les affaires du débiteur, et protéger et maximiser la valeur de ces biens aux fins de l'administration d'une insolvabilité transnationale;

c) faciliter le redressement d'entreprises en difficulté financière mais viables, ce qui permettra de protéger des investissements et de préserver des emplois;

d) promouvoir et instaurer un cadre prévisible pour le commerce et les investissements dans le présent État; et

e) développer la coopération entre les tribunaux et les autres autorités compétentes des États intervenant dans des affaires d'insolvabilité transnationale;

le [Gouvernement] [Parlement] du présent État adopte les dispositions ci-après."

CHAPITRE I. DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article premier. *Champ d'application*

24. Le Groupe de travail a procédé à un débat sur le champ d'application des dispositions législatives types en se fondant sur le projet d'article ci-après :

"La présente [loi] [section] s'applique aux insolvabilité dans lesquelles :

a) Une procédure étrangère a été ouverte et la reconnaissance de cette procédure et l'assistance du tribunal ou un représentant étranger dans cette procédure est sollicité dans le présent État;

b) Une procédure est engagée dans le présent État en vertu de [insérer le nom des lois applicables du présent État relatives à l'insolvabilité] et une assistance est demandée à un tribunal étranger en ce qui concerne cette procédure; ou

c) Une procédure étrangère et une procédure dans le présent État concernant le même débiteur en vertu [insérer le nom des lois applicables du présent État relatives à l'insolvabilité] ont lieu concurremment."

25. Le Groupe de travail a noté que l'intention dans le projet d'article premier était d'inclure dans le champ d'application du texte trois types de cas d'insolvabilité transnationale : ceux dans lesquels une procédure avait été ouverte dans un État étranger et une assistance était sollicitée dans l'État qui adopterait les dispositions types; ceux dans lesquels une procédure avait été ouverte dans l'État qui adopterait les dispositions types et dans un ou plusieurs autres États.

26. Des doutes ont été exprimés quant à la nécessité d'une disposition comme celle de l'alinéa b). On a alors expliqué que cet alinéa visait uniquement à autoriser les tribunaux de l'État qui adopteraient les dispositions types à solliciter une assistance à l'étranger pour des procédures d'insolvabilité engagées devant eux, car certaines législations nationales comportaient des lacunes sur ce point. Après un débat, le Groupe de travail est convenu à l'unanimité que les références aux situations mentionnées à l'article premier devaient être maintenues.

27. Le Groupe de travail a en outre noté que l'article 17 traitait d'un autre cas présentant un élément d'extranéité, à savoir l'existence de créanciers étrangers. Cet article posait pour principe que ces créanciers devaient bénéficier du même traitement que les créanciers de l'État qui adopterait les dispositions types, et notamment avoir le droit d'ouvrir une procédure d'insolvabilité dans cet État. On a émis l'avis que ce cas devrait également être mentionné à l'article premier.

28. S'agissant de la place que l'article premier devrait occuper dans l'économie du projet, on a émis l'avis qu'il serait préférable qu'il figure après la disposition consacrée aux définitions. En réponse à cette suggestion, on a fait valoir qu'il était logique d'annoncer le champ d'application en termes généraux avant de le décrire plus en détail dans les définitions.

29. On a fait observer que le principal objectif du texte était la reconnaissance des procédures étrangères, mais que le terme "reconnaissance" n'apparaissait qu'à l'alinéa a). On a donc suggéré de poser de façon plus explicite, à l'article premier, le principe de la reconnaissance des procédures étrangères.

30. L'utilisation interchangeable de termes tels que "cas d'insolvabilité", "insolvabilités" et "procédure d'insolvabilité" a été contestée. On a fait observer que ces termes n'étaient pas compris partout et risquaient de donner lieu à équivoque. On a suggéré de parler, à la place, des "situations" dans lesquelles une assistance pourrait être sollicitée. On a suggéré, comme autre solution, de prévoir une définition du terme "procédure d'insolvabilité" qui soit suffisamment large pour englober toutes les procédures pour lesquelles une assistance pourrait être sollicitée. Les procédures ouvertes dans l'État qui adopterait les dispositions types seraient alors appelées "procédures nationales", et celles ouvertes dans un autre État "procédures étrangères". (Pour ce qui est de la suggestion concernant la définition de "procédure d'insolvabilité", voir également par. 46 et 47.)

31. On a objecté que le texte avait pour principal objectif d'établir un régime juridique garantissant la reconnaissance des procédures étrangères. On a en outre fait valoir qu'il faudrait définir le terme "procédure étrangère", mais que le terme "procédure nationale" n'aurait pas à être défini puisque le texte reposerait sur la législation nationale en matière d'insolvabilité. Qui plus est, en ajoutant une définition du terme "procédure nationale", on courait le risque qu'elle ne concorde pas avec celle du droit interne et l'on pouvait donner, à tort, l'impression que le texte visait à uniformiser les législations sur le fond.

32. Un certain nombre d'observations ont été faites au sujet du libellé de l'article premier : la référence à "l'exécution d'une ordonnance" figurant dans le premier membre de phrase entre crochets à l'alinéa a) était superflue puisque c'était une forme "d'assistance ou de mesure"; il faudrait, dans la version anglaise de l'alinéa a), parler de l'assistance sollicitée "*with respect to a proceeding*" ou "*by a court or a foreign representative*" et non pas de l'assistance "*sought on behalf of a proceeding*" (la deuxième suggestion nécessiterait l'insertion dans la version française des mots "par un tribunal ou un représentant étranger" après le mot "sollicitée"); il faudrait aligner le libellé de l'alinéa b) sur celui de l'alinéa a) en parlant dans les deux cas "d'assistance ou de mesure" (assistance or relief) sollicitée par un tribunal ou un représentant étranger. En réponse à cette dernière suggestion, on a fait observer que le terme anglais "relief" ne convenait pas dans le cas des tribunaux.

33. A l'issue d'un débat, le Groupe de travail a conclu que l'article premier était dans l'ensemble acceptable sur le fond et a renvoyé les suggestions concernant son libellé au groupe de rédaction informel. Par la suite, le groupe de rédaction a proposé la version révisée ci-après de l'article premier, pour examen par le Groupe de travail à une session ultérieure.

"Article premier. *Champ d'application*

La présente [loi] [section] s'applique lorsque :

- a) Une procédure étrangère a été ouverte et la reconnaissance de cette procédure et l'assistance du tribunal ou un représentant étranger dans cette procédure est sollicité dans le présent État;
- b) Une procédure est engagée dans le présent État en vertu de [insérer le nom des lois applicables du présent État relatives à l'insolvabilité] et une assistance est demandée à un tribunal étranger en ce qui concerne cette procédure; ou
- c) Une procédure étrangère et une procédure dans le présent État concernant le même débiteur en vertu [insérer le nom des lois applicables du présent État relatives à l'insolvabilité] ont lieu concurremment."

Article 2. *Définitions et règles d'interprétation*

34. Le Groupe de travail était saisi du projet d'article ci-après :

"Aux fins de la présente loi,

- a) Le terme "administrateur" désigne une personne ou un organe nommé par un tribunal [ou par une autorité légale] dans le présent État, qui est autorisé à redresser les biens ou les affaires du débiteur, ou à liquider les biens du débiteur, dans le cadre d'une procédure de redressement ou de liquidation entamée en vertu des lois du présent État, y compris la mise en œuvre de toute mesure qui pourra être ordonnée en application de la présente Loi;
- b) Aux fins de la présente Loi, le terme "débiteur" désigne une personne morale [ou physique] [insolvable] qui a le statut d'insolvable dans une procédure étrangère, [mais ne comprend pas les débiteurs dont les dettes ont été [apparemment] contractées [essentiellement] à des fins personnelles, familiales ou domestiques et non à des fins commerciales];
- c) Le terme "procédure étrangère" désigne une procédure collective judiciaire ou administrative[, qu'elle soit volontaire ou forcée.] en application d'une loi sur l'insolvabilité[, ou d'une autre loi relative à l'insolvabilité,] dans un pays étranger, dans laquelle les biens et les affaires du débiteur sont soumis au contrôle ou à la supervision d'un tribunal ou d'une autorité officielle, ou d'une personne compétente sous la supervision d'un tribunal ou d'une autorité officielle, à des fins de redressement ou de liquidation;
- d) Le terme "représentant étranger" désigne une personne ou un organe nommé dans une procédure étrangère, qui est autorisé par la loi, par un tribunal ou par une autre autorité compétente à redresser les biens ou les affaires du débiteur, ou à liquider les biens du débiteur;
- e) Le terme "ouverture d'une procédure étrangère" désigne l'engagement de la procédure, que l'ordonnance ou le jugement d'ouverture de la procédure soient ou non définitifs;
- f) Le terme "redressement" désigne une procédure dans laquelle les droits des créanciers et les obligations des débiteurs font l'objet d'un règlement[, notamment par le biais d'un concordat];
- g) Le terme "droits réels" désigne le droit de réaliser des biens et d'être désintéressé par le produit ou les revenus de ces biens ou un droit exclusif de recouvrer une créance, notamment en

vertu d'un gage, d'une hypothèque ou de la cession de cette créance à titre de garantie, [les arrangements relatifs à la réserve de propriété], le droit de percevoir les fruits d'un bien [et le droit des créanciers de procéder à la compensation des créances mutuelles]."

Alinéa a) ("Administrateur")

35. On a commencé par faire observer que dans ce cas, comme dans celui des autres définitions figurant à l'article 2, il fallait autant que possible éviter d'utiliser des termes trop spécifiques qui risquaient d'avoir une signification différente dans les diverses législations nationales et retenir de préférence des termes plus descriptifs. On a donc suggéré d'utiliser à la place du terme "administrateur" un terme tel que "personne officielle" ("*official person*"). On a par ailleurs suggéré, afin d'élargir la définition du terme "administrateur", de faire référence aux procédures d'insolvabilité en général et non pas aux procédures de redressement ou de liquidation. Dans le même ordre d'idées, on a suggéré de laisser un blanc à l'alinéa *a)* à la place du terme "administrateur" et de laisser à l'État qui adopterait les dispositions types le soin d'insérer le ou les termes utilisés dans sa législation.

36. On a émis l'avis que le membre de phrase "ou par une autorité légale" figurant entre crochets devrait être supprimé car, dans de nombreux pays, l'administrateur ne recevait pas sa mission de la loi. On a, toutefois, insisté pour que soit ajoutée une référence à la nomination par une "autorité compétente".

37. On a, par ailleurs, fait observer que le libellé actuel de l'alinéa *a)* donnait à penser que l'administrateur était nommé pour procéder directement au redressement des biens ou des affaires du débiteur ou à la liquidation des biens. Il serait plus juste de dire qu'il était nommé pour "faciliter" le redressement ou "faire procéder" à la liquidation car il agissait sur décision de justice et pour le compte de la masse des créanciers. On a également souligné que la définition du terme "administrateur" devrait faire ressortir les dénominateurs communs aux diverses législations, à savoir le caractère collectif de la procédure, le fait que l'administrateur devait être nommé par un tribunal ou par une autre autorité compétente, et les pouvoirs qui lui étaient donnés pour faciliter le redressement des biens ou des affaires du débiteur ou faire procéder à la liquidation des biens. On a fait observer qu'il faudrait, par souci de clarté, définir les termes "redressement" et "liquidation".

38. Plusieurs intervenants ont fait valoir qu'il fallait que la définition du terme "administrateur" et celle du terme "représentant étranger" soient alignées de façon à éviter de donner aux représentants étrangers plus de pouvoirs que ceux dont disposaient les administrateurs nommés dans l'État qui adopterait les dispositions types. A cet égard, on a souligné qu'il fallait veiller à ce que la reconnaissance d'un représentant étranger n'empêche pas un tribunal de cet État de reconnaître plus d'un tel représentant.

39. Après avoir examiné les divers libellés suggérés et les questions qu'ils soulevaient, le Groupe de travail a conclu qu'il n'était ni souhaitable ni nécessaire d'inclure dans le texte une définition du terme "administrateur", d'autant plus que les dispositions types avaient pour principal objectif la reconnaissance des procédures étrangères; il suffirait donc de définir la notion de "représentant étranger". On éviterait ainsi de courir le risque d'élaborer une définition qui soit en contradiction avec celle de "administrateur" - ou de termes équivalents - ayant cours dans les législations nationales, ou qui vienne s'ajouter à cette définition sans coïncider exactement avec elle.

Alinéa b) ("débiteur")

40. Le Groupe de travail a estimé à l'unanimité que les personnes physiques et morales devaient les unes et les autres être englobées dans la définition du débiteur. Il est ensuite passé à l'examen des cas qu'il convenait éventuellement d'exclure de cette définition.

41. La première exclusion envisagée concernait les "insolvabilités de consommateurs"; un libellé à cet effet était proposé à l'alinéa *b)*. Des doutes ont été exprimés à propos de ce libellé ainsi qu'à propos de la nécessité de retenir une telle exclusion. A l'appui de la suppression de cette exclusion, on a fait valoir que les cas d'insolvabilité transnationale de ce type représentaient des sommes relativement peu importantes; il n'était pas nécessaire d'exclure ce type particulier d'insolvabilité dans un texte qui se bornait à établir des mécanismes de coopération souples; enfin, il était préférable de laisser aux États le soin de trancher cette question dans leur droit

interne. Si l'on devait, toutefois, décider de retenir l'exclusion des insolvabilités de consommateurs, on a proposé de parler des dettes autres que "les dettes contractées dans le cadre normal de l'activité économique".

42. Le Groupe de travail s'est également demandé s'il convenait d'exclure les établissements de crédit, les établissements financiers et les compagnies d'assurance. Il a relevé que, dans divers États, des régimes spéciaux étaient applicables en cas d'insolvabilité d'établissements de ce type et que l'application de certaines dispositions du texte en cours d'élaboration risquait d'être incompatible avec ces régimes (par exemple l'article 9 qui prévoyait la notification des créanciers alors qu'en cas d'insolvabilité d'établissements de ce type, la rapidité et la discrétion pouvaient être nécessaires afin d'éviter des retraits en masse).

43. On a fait observer, en réponse à cet argument, que l'État qui adopterait les dispositions types souhaiterait que les procédures d'insolvabilité concernant ces établissements soient reconnues, même si elles étaient soumises à un régime particulier. On a suggéré que les procédures d'insolvabilité étrangères concernant les établissements de crédit soient considérées par les législations nationales comme des procédures d'insolvabilité ordinaire aux fins de la reconnaissance dans les cas où l'agence ou l'activité de l'établissement en question dans l'État adoptant les dispositions types n'était pas assujettie au régime national spécial.

44. S'agissant de l'exclusion de certaines catégories de débiteurs du champ d'application des dispositions types, le Groupe de travail s'est demandé s'il convenait d'indiquer expressément dans le texte les catégories de débiteurs à exclure ou de s'en remettre à une disposition générale prévoyant la possibilité de refuser la reconnaissance pour des motifs d'ordre public. L'avis général a été qu'il fallait éviter d'accorder une trop large place aux exceptions reposant sur des considérations d'"ordre public". Le Groupe de travail a décidé qu'il serait préférable de laisser aux États le soin de spécifier dans leur droit interne les catégories de débiteurs à exclure, étant donné notamment l'importance du rôle que jouait dans ce contexte la juridiction d'origine.

45. Finalement, le Groupe de travail a estimé que l'alinéa *b)* était superflu et devait être supprimé. De l'avis général, il fallait laisser au droit interne le soin de déterminer si une procédure d'insolvabilité concernant tel ou tel type de débiteur pouvait être reconnue, ou - si l'on tenait vraiment à traiter de cette question dans les dispositions types - il fallait le faire dans le cadre de la définition du terme "procédure étrangère".

Alinéa c) ("procédure étrangère")

46. Lors d'un débat, il a été suggéré de donner une définition générale de la "procédure d'insolvabilité" sans viser particulièrement les procédures étrangères. On parlerait alors, selon le contexte, de procédure "interne" ou de procédure "étrangère". On a émis l'avis qu'une telle approche permettrait aux États de disposer d'une définition commune des procédures entrant dans le champ d'application des dispositions types. Elle présenterait aussi l'avantage de faire apparaître clairement quels types de procédures engagées conformément à son droit interne l'État adoptant les dispositions types soumettrait auxdites dispositions. Enfin, cette approche aurait le mérite de réduire les possibilités de conflit entre les mesures accordées en cas de reconnaissance d'une procédure étrangère et celles qui pouvaient être obtenues à l'issue d'une procédure interne.

47. Il a finalement été convenu qu'une définition de la "procédure" en tant que telle n'était pas nécessaire. Les dispositions types ayant pour principal objectif la reconnaissance des procédures étrangères, le Groupe de travail a décidé que c'était la "procédure étrangère" qu'il fallait définir.

48. Quant au libellé de la définition du terme "procédure étrangère", les éléments fondamentaux qu'il mettait en évidence - l'insolvabilité, au sens large, recouvrant la liquidation et le redressement, le caractère collectif de la procédure impliquant la représentation de la masse des créanciers et la nécessité d'une sanction officielle - ont emporté l'adhésion.

49. Un certain nombre de suggestions d'ordre rédactionnel ont été faites. On a notamment fait observer que la référence au caractère "volontaire ou forcé" de la procédure était superflue puisque le terme "procédure collective" impliquait déjà ces deux possibilités; selon un autre point de vue, toutefois, il était préférable, par souci de clarté, de maintenir cette référence. On a fait observer que la formule "une loi relative à l'insolvabilité" était suffisamment large pour englober toutes les dispositions concernant l'insolvabilité, quel que soit le type de texte où elles étaient énoncées, et qu'il fallait donc la retenir. On a proposé de remplacer le terme "débiteur" par

un terme neutre et descriptif. On a aussi proposé de remplacer le terme "autorité officielle" par "autorité compétente", ou, à défaut, de définir le terme "tribunal" de façon qu'il englobe divers types d'autorité compétente; des doutes ont toutefois été émis quant à la possibilité d'adopter cette dernière solution. On a suggéré de parler des biens du débiteur (*estate*) au lieu de ses "biens et affaires" (*assets and affairs*); on a toutefois objecté qu'une telle formulation risquait d'empêcher le représentant étranger d'obtenir des informations sur des questions autres que les "biens" du débiteur. Enfin, on a suggéré d'ajouter un membre de phrase tel que "à moins que le contexte n'indique qu'il en est autrement" de façon que la définition soit suffisamment souple pour pouvoir s'appliquer dans des circonstances particulières.

50. A l'issue d'un débat, le Groupe de travail a approuvé l'alinéa *c*) quant au fond et a renvoyé les suggestions d'ordre rédactionnel au groupe de rédaction.

Alinéa d) ("représentant étranger")

51. On a demandé si l'intention était d'englober dans la définition le "débiteur non dessaisi" autorisé à agir en tant que "représentant étranger". On a émis l'avis qu'une telle extension de la notion de "représentant étranger" risquait de poser des problèmes à certains États. On a rappelé, à cet égard, qu'à la précédente session, le Groupe de travail avait décidé d'adopter une approche qui prenne en compte tous les cas de figure, et donc qui n'exclut pas celui où le débiteur non dessaisi était autorisé à procéder au redressement ou à la liquidation, ce qui était courant dans certains États. On a également fait observer que la question serait moins problématique qu'il n'y paraissait à première vue, car il existait un large éventail de procédures d'insolvabilité dans lesquelles le débiteur n'était pas totalement dessaisi ou conservait un certain contrôle.

52. On a émis l'avis qu'il fallait veiller à ce que la définition de l'alinéa *d*) englobe également les représentants étrangers qui avaient été nommés uniquement à titre provisoire et pas seulement les représentants à part entière nommés aux fins du redressement ou de la liquidation. Il a été convenu que ces représentants devaient être englobés dans la définition.

53. Il a également été suggéré de préciser que les pouvoirs du représentant étranger étaient des pouvoirs de contrôle et de supervision; de prendre en compte le fait que, selon les cas, le représentant étranger ne représentait pas nécessairement les mêmes intérêts (il pouvait, par exemple, représenter le débiteur ou la masse des créanciers); de nuancer la référence au cas où le représentant était désigné par la loi en faisant ressortir qu'il s'agissait là uniquement d'une possibilité; et, conformément à ce qui avait déjà été suggéré à propos de la définition du terme "administrateur", de dire que le représentant étranger était nommé pour "faciliter" le redressement ou "faire procéder" à la liquidation (voir par. 37).

54. A l'issue d'un débat, le Groupe de travail a approuvé l'alinéa *d*) quant au fond et a renvoyé les suggestions d'ordre rédactionnel au groupe de rédaction.

Alinéa e) ("ouverture d'une procédure étrangère")

55. Le Groupe de travail a noté que l'intention était d'englober dans la définition non seulement les procédures engagées d'office, mais également celles qui étaient engagées volontairement. On a fait observer que, dans certains cas, le champ de la définition pouvait s'étendre à une simple demande et qu'en tout état de cause, il fallait envisager les cas où une mesure conservatoire ou provisoire était sollicitée.

56. On a demandé s'il fallait prévoir au moins, pour que les dispositions types soient applicables, qu'un tribunal soit intervenu, ne serait-ce qu'à titre très préliminaire, pour ouvrir la procédure étrangère. En réponse, on a fait observer qu'il pouvait être crucial, d'un point de vue pratique, que les dispositions types soient applicables même à un stade peu avancé afin d'empêcher que les avoirs ne soient rapidement dilapidés, au mépris des intérêts de l'ensemble des créanciers.

57. On a émis l'avis qu'il fallait que la portée de la définition soit plus claire. A cet égard, on a fait observer que la notion d'"engagement de la procédure" était trop ambiguë; on a suggéré la formule "que la procédure ait ou non été menée à son terme" pour la seconde partie de la définition, et on a proposé de retenir une formule telle que "lorsque l'ordonnance d'ouverture de la procédure prend effet, qu'elle revête ou non un caractère définitif".

58. Plusieurs intervenants ont mis en doute la nécessité de définir l'"ouverture d'une procédure étrangère". On a fait valoir que la question du stade à partir duquel une procédure pouvait être considérée comme engagée ne devrait pas vraiment susciter de difficultés dans la pratique, et qu'il serait préférable d'éviter de poser une règle générale étant donné la diversité des législations nationales sur ce point. Le Groupe de travail a décidé de revenir, à un stade ultérieur, sur la question de savoir s'il convenait ou non de supprimer l'alinéa e) et de le placer, pour le moment, entre crochets.

Alinéa f) ("redressement")

59. Le Groupe de travail a rappelé que cette définition avait été ajoutée, compte tenu du débat qui avait eu lieu à la session précédente, afin qu'il soit bien clair que les procédures de règlement par le biais d'un concordat entraînent dans le champ d'application des dispositions types.

60. Un certain nombre de modifications ont été proposées. On a notamment suggéré de remplacer, dans la version anglaise, la notion d'"*adjustment*" par celle de "*settlement*" (règlement) des créances; on a suggéré d'ajouter aux éléments figurant déjà dans la définition la non-liquidation préalable des avoirs; enfin, on a suggéré qu'il fallait que la définition fasse apparaître le fait que la procédure de redressement impliquait la suspension de l'ouverture ou de la poursuite d'actions judiciaires ou autres par les créanciers.

61. Après un examen plus approfondi, le Groupe de travail est parvenu à la conclusion qu'il n'était pas nécessaire d'inclure une définition du terme "redressement". On a suggéré, à la place, de rendre plus explicites les dispositions dans lesquelles ce terme apparaissait dans le reste du texte, et en particulier dans la définition de la "procédure étrangère" [alinéa c)].

Alinéa g) ("droits réels")

62. De nombreux intervenants ont fait observer que les "droits réels" étaient traités de façon très différente dans les diverses législations nationales. On a émis l'avis qu'une définition générale relativement simple et brève telle que la définition proposée avait peu de chance d'être satisfaisante. On a aussi émis l'avis qu'il fallait inclure une règle relative au conflit de lois en ce qui concerne les droits réels. On a également fait observer que la question des droits réels posait le problème des droits inaliénables dont l'applicabilité était absolue et qui n'entraient pas dans le cadre du système des règles de conflit.

63. S'agissant de la teneur de la définition proposée, on a fait observer que certains de ses éléments, et en particulier la référence à la compensation, sortaient du cadre des droits réels.

64. De plus, l'opinion générale a été qu'il serait préférable de laisser aux législations nationales le soin de définir les "droits réels". Il pourrait être fait référence aux droits réels dans le texte des dispositions types lorsque cela s'imposait, par exemple dans le cas des exceptions à la suspension qu'entraînait la reconnaissance [article 7 1) a) i)]. Compte tenu de ce qui précède, le Groupe de travail a décidé de supprimer l'alinéa g).

65. Par la suite, le groupe de rédaction a présenté la version révisée ci-après de l'article 2 pour examen à une session ultérieure :

"Article 2. Définitions

L'expression "procédure étrangère" s'entend d'une procédure collective judiciaire ou administrative en application d'une loi relative à l'insolvabilité dans un pays étranger dans le cadre de laquelle les biens et les affaires du débiteur sont soumis au contrôle ou à la supervision d'un tribunal étranger ou d'une autre autorité compétente à des fins de redressement ou de liquidation.

L'expression "représentant étranger" s'entend d'une personne ou d'un organe autorisé, dans une procédure étrangère, à administrer le redressement ou la liquidation des biens ou des affaires du débiteur ou à agir en qualité de représentant de la procédure étrangère."

Article 3. *Obligations internationales du présent État*

66. Le texte du projet d'article dont le Groupe de travail était saisi était le suivant :

"En cas de conflit entre la présente Loi et une obligation du présent État née ou découlant d'un traité ou toute autre forme d'accord, auquel l'État est partie avec un ou plusieurs autres États, les dispositions du traité ou de l'accord prévalent; mais, à tous autres égards, les dispositions de la présente Loi sont applicables."

67. Le Groupe de travail s'est penché sur les doutes exprimés quant à la nécessité de l'article 3. Ces doutes tenaient au fait qu'il existait dans de très nombreux pays des règles concernant la hiérarchie entre les obligations découlant d'un traité et celles découlant du droit interne. Le Groupe de travail est toutefois convenu de conserver une disposition allant dans le sens de l'article 3, bien qu'il n'ait pu décider exactement où cette disposition devrait être insérée. On a fait valoir qu'une telle disposition aurait le mérite d'appeler l'attention des États qui adopteraient les dispositions types sur le fait qu'il fallait que le rapport entre les obligations découlant d'un traité et celles découlant des dispositions législatives types soit dépourvu d'ambiguïté.

Article 4. *[Tribunal] [autorité] compétent[e] pour la reconnaissance des procédures étrangères*

68. Le texte du projet d'article dont le Groupe de travail était saisi était le suivant :

"Les fonctions visées dans la présente Loi relatives à la reconnaissance des procédures étrangères et à la coopération avec les tribunaux étrangers sont exercées par ... [Chaque État adoptant les dispositions types spécifie le tribunal, les tribunaux ou l'autorité compétente chargés de s'acquitter de ces fonctions dans l'État]."

69. Le Groupe de travail a estimé que l'article 4 était dans l'ensemble acceptable quant au fond.

Article 5. *Autorisation donnée aux administrateurs d'agir à l'étranger*

70. Le texte du projet d'article dont le Groupe de travail était saisi était le suivant :

"Un administrateur nommé [dans une procédure d'insolvabilité] dans le présent État est autorisé à agir [en tant que représentant étranger de ladite procédure] [pour prendre les mesures nécessaires à l'étranger aux fins du redressement des biens et des affaires du débiteur, ou de la liquidation des biens du débiteur] conformément aux décisions du tribunal."

71. Plusieurs intervenants se sont demandé s'il était nécessaire ou souhaitable d'inclure une disposition allant dans le sens de l'article 5. On a fait valoir, par exemple, qu'au moins sous son libellé actuel, cette disposition risquait d'être interprétée comme cherchant à conférer directement aux administrateurs nommés localement le pouvoir d'agir à l'étranger.

72. En réponse à cette observation, le Groupe de travail a indiqué que, de l'avis général, l'article 5 visait simplement à habiliter les administrateurs nommés localement à solliciter une assistance auprès des tribunaux d'un autre État conformément aux lois de cet État. L'étendue des pouvoirs dont il disposerait à l'étranger dépendrait du droit interne de l'État étranger ainsi que des tribunaux de ce dernier. On a relevé que l'article 5 ne visait nullement à habiliter l'administrateur nommé localement à prendre des mesures, notamment à rapatrier des biens, sans l'autorisation du tribunal local.

73. S'agissant de l'utilité d'une disposition telle que celle énoncée à l'article 5, on a fait valoir qu'une telle disposition contribuerait à combler une lacune dans certaines législations nationales, et qu'elle contribuerait à la réalisation de l'un des objectifs du projet, à savoir faciliter la coopération et la coordination.

74. À l'issue d'un débat, le Groupe de travail a estimé qu'il convenait de conserver l'article 5, et l'a renvoyé au groupe de rédaction pour qu'il fasse éventuellement ressortir plus clairement la portée et l'objectif de cette

disposition. Par la suite, le groupe de rédaction a proposé la version révisée ci-après de l'article 5, pour examen lors d'une session ultérieure :

"Article 5. Autorisation d'agir en qualité de représentant étranger

Un[e] [insérer le titre de la personne ou de l'organe qui peut être désigné pour administrer une liquidation ou un redressement en vertu de la loi du présent État] est autorisé(e) à solliciter la reconnaissance à l'étranger de la procédure dans laquelle il a été nommé et d'exercer les pouvoirs que la loi étrangère applicable l'autorise à exercer en ce qui concerne les biens ou les affaires du débiteur à l'étranger."

CHAPITRE II. RECONNAISSANCE DES PROCÉDURES D'INSOLVABILITÉ ÉTRANGÈRES

75. On a exprimé l'opinion selon laquelle les dispositions des articles 12 et 13, qui figurent au chapitre IV, pourraient être déplacées de sorte qu'elles précèdent le chapitre II. La raison d'être d'un tel réaménagement serait de mieux prendre en compte la chronologie habituelle des événements s'agissant d'une demande de reconnaissance d'une procédure étrangère.

Article 6. Reconnaissance des procédures d'insolvabilité étrangères

76. Le reste du projet d'article qu'a examiné le Groupe de travail était le suivant :

"1. Aux fins de la présente Loi, un jugement étranger d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité est reconnu [à compter du moment où il prend effet dans l'État d'ouverture de la procédure],

Variante A

à moins qu'il n'apparaisse qu'il n'y a pas de lien substantiel entre la juridiction étrangère et le débiteur.

Variante B

si le jugement émane d'un tribunal ou d'une autorité compétents. Un tribunal ou une autorité sont réputés compétents s'ils ont compétence sur la base de l'un des critères suivants :

- a) domicile ou résidence habituelle du débiteur;
- b) siège ou siège statutaire;
- c) [établissement principal] [centre des intérêts principaux du débiteur];
- d) emplacement des biens.

Variante C

si la procédure étrangère émane d'un tribunal ou d'une autorité compétente dans un État [apparaissant dans la liste suivante : ...] [certifié aux fins de la reconnaissance d'une procédure d'insolvabilité par [nom de l'entité ou du fonctionnaire compétents dans le présent État].]

2. Nonobstant les dispositions du paragraphe 1 ci-dessus, un tribunal [peut refuser] [refuse] de reconnaître l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité étrangère [, d'exécuter un jugement émanant d'une telle procédure] [, ou d'accorder d'autres formes de mesures en vertu de la présente Loi,] lorsque les effets de cette reconnaissance, de cette exécution ou de ces mesures seraient manifestement contraires à l'ordre public."

77. Le Groupe de travail a décidé de procéder à l'examen de l'article 6 lorsqu'il aurait achevé, pour le moment, l'examen de l'article 7. Cela fait, il a ensuite abordé l'article 6 (voir ci-dessous par. 94 à 119).

78. On a fait observer que le terme "insolvabilité" serait éliminé du titre du chapitre II ainsi que de celui de l'article 6, conformément à la terminologie adoptée ailleurs dans le texte.

Paragraphe 1

79. Le Groupe de travail a noté que plusieurs options étaient proposées au paragraphe 1 quant à la règle à suivre par les tribunaux de l'État ayant adopté les dispositions types pour déterminer s'il y a lieu de reconnaître une procédure étrangère. Le Groupe de travail s'est demandé s'il était nécessaire d'inclure une telle disposition, étant donné que les dispositions types avaient pour objet de laisser ouvertes des possibilités de coopération aussi larges qu'il conviendrait, sans préjuger toutefois des droits dont jouissent les créanciers locaux en vertu des lois relatives à l'insolvabilité en vigueur dans l'État ayant adopté les dispositions types. Le Groupe de travail a déclaré que l'article 6 était utile car il pouvait jouer un rôle important dans les dispositions visant à garantir aux représentants étrangers la possibilité de rechercher coopération et assistance dans l'État ayant adopté les dispositions types.

80. Certains participants se sont déclarés en faveur de la variante A, mais la plupart des membres du Groupe de travail tendaient à préférer une approche fondée sur la variante B. On a toutefois reconnu que le choix de la variante B n'empêcherait pas de proposer aussi aux États la variante C. L'inclusion d'une variante de ce type rendrait automatique la reconnaissance d'une procédure étrangère émanant d'une juridiction d'un État spécifié sur une liste établie par l'État ayant adopté les dispositions types.

81. S'agissant de la teneur d'une disposition fondée sur la variante B, un certain nombre de suggestions ont été faites; elles visaient à permettre aux tribunaux de l'État ayant adopté une disposition type d'avoir une idée plus claire et plus prévisible de la suite à donner à une demande de reconnaissance.

82. En premier lieu, et compte tenu de la décision d'opérer une distinction dans l'article 7 (mesures disponibles en cas de reconnaissance) entre les procédures étrangères principales et celles qui sont secondaires, le Groupe de travail a décidé qu'il fallait aussi refléter cette distinction dans l'article 6. Étant établi que la loi sur la reconnaissance serait subordonnée à la question de savoir si la procédure étrangère était ou non une procédure principale, on a fait valoir qu'il pourrait être utile aussi de faire en sorte que la règle sur la reconnaissance prenne en compte, d'une manière ou d'une autre, les divers effets qu'aurait la reconnaissance. Une autre idée avancée consistait à ajouter à la liste indiquée à la variante B du paragraphe 1 d'autres facteurs éventuels.

83. On a aussi fait observer que l'on pourrait envisager de ne retenir au paragraphe 1, aux fins de la reconnaissance d'une procédure étrangère comme étant une procédure principale, que l'un ou l'autre des facteurs énumérés. On a dit qu'il serait nécessaire de limiter le nombre des facteurs pour éviter de placer les tribunaux de l'État ayant adopté les dispositions types dans une situation telle qu'il serait saisi de multiples demandes de reconnaissance de procédures étrangères comme étant des procédures principales.

Paragraphe 2

84. D'une manière générale, les membres ont considéré qu'il était souhaitable de prévoir des exceptions à la règle de la reconnaissance afin de prendre en compte les considérations liées à l'ordre public dans l'État ayant adopté les dispositions types. Toutefois, le Groupe de travail a accueilli favorablement l'idée selon laquelle la place qu'occupait le paragraphe 2 pouvait donner lieu à malentendu; on risquait en effet d'en conclure que l'exception d'ordre public visait essentiellement la décision de reconnaissance proprement dite, en excluant les différents effets de la reconnaissance.

85. Le Groupe de travail a déclaré que la disposition relative à l'ordre public devrait s'appliquer aux deux aspects de la question et a chargé le groupe de rédaction de voir comment l'on pourrait placer au paragraphe 2.

86. Une fois achevée la première série d'échanges de vues sur l'article 6, le Groupe de travail a renvoyé celui-ci au groupe de rédaction pour qu'il puisse prendre en compte les délibérations résumées ci-dessus. Le groupe de rédaction a ultérieurement soumis au Groupe de travail une version révisée de l'article 6, qui était ainsi conçue :

"1. Aux fins de la présente Loi, une procédure étrangère est reconnue :

a) en tant que procédure étrangère principale si le tribunal devant lequel elle a été ouverte est compétent sur la base :

- i) du domicile ou de la résidence habituelle du débiteur;
- ii) du siège ou du siège statutaire du débiteur; ou
- iii) [de l'établissement principal du débiteur] [centre des intérêts principaux du débiteur];

ou

b) en tant que procédure étrangère [non principale] si le débiteur avait un établissement [au sens de l'article ...] dans la juridiction étrangère.

[c) Si la reconnaissance de plus d'une procédure étrangère est demandée, le tribunal [désigne] [peut désigner] l'une desdites procédures comme étant la procédure étrangère principale.]

2. Le tribunal accorde ou refuse la reconnaissance d'une procédure étrangère principale dans les ... jours suivant l'introduction devant lui de la demande de reconnaissance."

87. La plupart des membres ont estimé que la version révisée de l'article 6 représentait un progrès dans le sens des observations formulées au cours des échanges de vues antérieurs. Le Groupe de travail a approuvé la distinction faite entre les procédures étrangères principales et les autres. Pour le reste, plusieurs autres modifications et améliorations ont été examinées.

88. On a en particulier appelé l'attention sur le fait que la version révisée du paragraphe 1 suscitait de graves appréhensions quant à la reconnaissance éventuelle de plusieurs procédures étrangères principales. On a dit qu'une telle possibilité placerait les tribunaux dans une position insoutenable et nuirait à l'acceptabilité des dispositions types. Tenter de doter le tribunal des moyens nécessaires pour faire face à une telle situation en prévoyant à l'alinéa c) l'autorisation de choisir la procédure principale parmi plusieurs procédures étrangères concurrentes n'a pas été considéré comme une solution adéquate.

89. Le Groupe de travail a reconnu que la possibilité de voir plus d'une procédure étrangère reconnue comme étant des procédures "principales" était préoccupante et, après avoir examiné la question plus avant, a décidé qu'il fallait modifier l'alinéa a) du paragraphe 1 pour n'y inclure qu'un seul facteur déterminant la reconnaissance d'une procédure étrangère comme étant la procédure principale. Il a été décidé que ce facteur serait le "centre des intérêts principaux du débiteur".

90. Les avantages invoqués en faveur du choix de ce facteur particulier étaient qu'il engloberait comme débiteurs à la fois les personnes juridiques et les personnes physiques et qu'il était compatible avec l'approche et la terminologie utilisées dans la Convention de l'Union européenne. Ce dernier aspect permettrait de rédiger des dispositions types qui contribueraient à l'élaboration d'une terminologie standard largement comprise au lieu de contribuer par inadvertance à la diversification de la terminologie, ce qui n'était pas souhaitable.

91. On a suggéré, afin de renforcer encore davantage la règle, d'établir une présomption réfragable faisant du siège social du débiteur le centre de ses intérêts principaux.

92. Le Groupe de travail s'est ensuite demandé si l'alinéa c), qui autorisait la désignation d'une procédure étrangère parmi plusieurs autres comme étant la procédure étrangère principale, devrait être conservé, puisqu'il n'y aurait plus maintenant qu'un seul facteur entrant en jeu dans la désignation d'une procédure étrangère en tant que procédure principale. Il a été dit que le fait de conserver cette disposition permettrait au tribunal de statuer dans le cas où des informations supplémentaires seraient reçues à propos d'une demande de reconnaissance présentée postérieurement à la reconnaissance d'une autre procédure étrangère comme étant la procédure principale, informations qui amèneraient le tribunal à revenir sur sa décision de reconnaissance antérieure. Il a été dit qu'une telle souplesse serait utile. Si certains membres étaient favorables à l'alinéa c), la plupart d'entre eux hésitaient à le conserver, car il risquait de créer davantage d'incertitudes qu'il ne pouvait possiblement en dissiper.

93. Le Groupe de travail a aussi décidé de ne pas inclure dans les dispositions types une règle chronologique tendant à ce que la procédure étrangère qui a été la première à demander la reconnaissance ou qui s'est ouverte la première soit considérée comme prioritaire aux fins de la désignation de la procédure principale.

Article 7. Mesures disponibles en cas de reconnaissance de la procédure étrangère

94. Le texte du projet d'article dont le Groupe de travail était saisi était le suivant :

"1. Aux fins de l'assistance à une procédure étrangère, la reconnaissance de ladite procédure par un tribunal compétent

a) emporte la suspension,

i) de l'ouverture ou de la poursuite dans le présent État des actions judiciaires, administratives ou privées intentées contre le débiteur ou ses biens, à l'exception

OPTION I

des procédures collectives de liquidation ou de redressement dans le présent État

OPTION II

[, sous réserve des dispositions du paragraphe 2,] des procédures d'exécution [de créances assorties de sûretés] [de droits réels], [des saisies de biens déjà obtenues avant la reconnaissance de la procédure étrangère],

OPTION III

des procédures ouvertes à des fins policières ou réglementaires,

et

ii) du transfert de tout intérêt sur des biens par le débiteur, à l'exception des transferts [effectués dans le cours normal de ses activités] [ou] [afin de conclure des opérations financières en cours]

b) autorise le représentant étranger à obtenir un ordre du tribunal pour l'obtention de témoignages ou la production d'informations écrites ou autres par le débiteur ou d'autres personnes concernant les actes, la conduite, les biens et les obligations financières du débiteur;

c) autorise [le tribunal à émettre un ordre autorisant] le représentant étranger à prendre en charge et à gérer les biens du débiteur, [sous réserve des] [à l'exception des biens grevés par des] droits réels [et sous réserve de l'exclusion de biens [personnels] [familiaux] qui ne sont pas soumis aux dispositions relatives à l'insolvabilité en vertu des lois du présent État];

d) autorise le représentant étranger à intervenir dans la procédure collective de liquidation ou de redressement dans le présent État;

e) autorise le représentant étranger à demander au tribunal d'accorder toutes autres mesures appropriées, telles que la poursuite des mesures provisoires octroyées en application du paragraphe 2, pouvant être accordées à un liquidateur en vertu de la loi de la juridiction dans laquelle la procédure étrangère a été ouverte, à condition que ces mesures ne soient pas interdites par les lois [du présent État] ni incompatibles avec ces lois [, y compris, sans limitation, les actions en nullité, annulabilité ou inexécutabilité d'actes juridiques préjudiciables à tous les créanciers [pouvant être intentées en vertu des lois du présent État] [ou en vertu de la loi de la juridiction dans laquelle la procédure étrangère a été ouverte].], [sous réserve dans tous les cas :

i) des exigences de procédure du tribunal, et

ii) de la protection des créanciers [locaux] contre tout préjudice ou inconvénient injustifié];

f) autorise les tribunaux de l'État à coopérer avec le tribunal étranger ayant ouvert la procédure étrangère, conformément à l'article 11.

2. Lorsqu'il est approprié de protéger les biens ou les intérêts des créanciers, des mesures provisoires peuvent être accordées sur la demande d'un représentant étranger. A moins que le tribunal ou l'autorité n'en décide autrement, une ordonnance de mesures provisoires continue de produire ses effets tant que le tribunal n'a pas pris une décision sur la demande de reconnaissance de la procédure étrangère.

3. Le jugement ouvrant la procédure étrangère qui émane d'un État [visé à l'article 6 1) (variante C)] dans lequel est situé le centre des intérêts principaux du débiteur ["procédure principale"] produit les mêmes effets qu'en vertu de la loi de l'État d'ouverture de la procédure [, à l'exception...], [et dans la mesure où aucune procédure visée à l'article 18 1) (variante B) (option I) n'est ouverte dans le présent État.]"

95. Le Groupe de travail a noté que le texte dont il était saisi tenait compte des débats qui avaient eu lieu à la session précédente ainsi que de l'accord qui avait été réalisé, à titre provisoire, en ce qui concerne la question des "effets" que produirait la reconnaissance.

96. Dans le cadre de l'approche provisoirement convenue à la session précédente, certains effets "minimums" découleraient plus ou moins automatiquement de la reconnaissance, en particulier : la suspension des poursuites individuelles des créanciers et du transfert de tout intérêt sur des biens par le débiteur; la prise en charge et la gestion des biens du débiteur par le représentant étranger; l'autorisation de la collecte d'informations concernant les biens et les affaires du débiteur; et la possibilité pour le représentant étranger de demander au tribunal d'accorder toutes autres mesures appropriées dans les circonstances de l'espèce. En ce qui concerne la suspension, diverses exceptions étaient prévues. Elles allaient d'exceptions fondées sur des motifs d'ordre public à l'exemption des procédures d'exécution de créances assorties de sûretés.

97. Des vues divergentes ont été exprimées à propos du cadre provisoire indiqué ci-dessus. Selon un point de vue, une telle approche jouerait au détriment des créanciers dans l'État qui adopterait les dispositions types car le représentant étranger se voyait accorder, pour agir dans cet État pour le compte des créanciers étrangers, des pouvoirs plus étendus que ceux dont disposeraient les créanciers locaux. On a fait observer que le simple fait de suspendre les poursuites individuelles des créanciers risquait d'empêcher les créanciers locaux de se voir reconnaître la qualité de créancier, en particulier si leurs créances étaient contestées. Le Groupe de travail a donc été instamment prié de prévoir uniquement une disposition allant dans le sens de l'alinéa e) du paragraphe 1 qui autoriserait le représentant étranger, en cas de reconnaissance de la procédure étrangère, à demander au tribunal d'accorder des mesures appropriées.

98. On a objecté que l'intention, à l'article 7, n'était pas d'accorder des avantages à une catégorie particulière de créanciers, ce qui irait à l'encontre de l'un des principes fondamentaux du projet, à savoir l'égalité de traitement des créanciers. Le Groupe de travail a convenu que la suspension ne devait pas être telle qu'elle désavantage les créanciers locaux. On a également souligné que tous les créanciers, qu'ils soient étrangers ou locaux, tireraient avantage de la maximisation de la valeur des biens du débiteur ainsi que de la prévention de la dilapidation des biens qui pourraient résulter de la suspension.

99. On a également noté que, comme cela avait été convenu à la session précédente, les dispositions n'étaient nullement censées habiliter le représentant étranger à agir directement dans l'État qui adopterait les dispositions types sans avoir obtenu l'autorisation du tribunal local et sans que son action soit soumise au contrôle de ce dernier. L'article 7 n'était pas non plus censé prévoir le rapatriement automatique des biens en cas de reconnaissance. Il visait plutôt à accorder un répit afin de rendre possible une action coordonnée face à une insolvabilité transnationale, et notamment la prise de mesures par le représentant étranger pour préserver et gérer les biens.

100. On a en outre objecté que, si les dispositions types se bornaient à donner au représentant étranger le droit de demander à un tribunal d'accorder des mesures, il n'y aurait guère de progrès par rapport à la situation actuelle. Ce droit était déjà reconnu au représentant étranger dans de nombreux systèmes juridiques et n'avait pas, à lui seul, permis d'atteindre le degré de prévisibilité généralement jugé souhaitable ni de prendre des mesures avec la rapidité et l'efficacité voulues en cas d'insolvabilité transnationale.

101. Selon divers intervenants, l'ensemble de mesures prévues à l'article 7 en cas de reconnaissance devrait être réservé aux situations dans lesquelles la procédure étrangère était une procédure "principale", c'est-à-dire une procédure ouverte dans la juridiction dans laquelle le débiteur avait son établissement principal ou l'équivalent. A l'appui de cette approche, on a fait valoir que la suspension des poursuites individuelles des créanciers et le gel du transfert de tout intérêt sur des biens par le débiteur auraient un effet comparable à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité locale. De tels effets ne devaient pas, a-t-on dit, être reconnus à une procédure étrangère ouverte devant un tribunal qui tirait sa compétence du simple fait de la présence de biens dans son ressort.

102. La majorité s'étant prononcée pour une approche allant dans le sens de celle proposée à l'article 7 comme décrit ci-dessus, le Groupe de travail s'est demandé comment le texte pourrait être modifié de façon à mieux préciser la nature et la portée des mesures envisagées et à répondre aux préoccupations exprimées par plusieurs intervenants.

103. En particulier, le Groupe de travail est convenu que des mesures telles que la suspension automatique des poursuites individuelles des créanciers et le gel des transferts d'intérêt sur des biens ne devaient s'appliquer que lorsque la procédure étrangère reconnue était une procédure "principale". Une large majorité a également estimé que le projet de texte devrait faire ressortir clairement que la suspension ne touchait en fait que les poursuites individuelles des créanciers et revêtait, en particulier si elle avait été accordée en tant que mesure provisoire, un caractère temporaire puisqu'elle ne vaudrait plus si le tribunal ne la confirmait pas ou ne la prolongeait pas par la suite.

104. On a relevé également que le projet de texte ne portait pas atteinte au droit que la législation de l'État adoptant les dispositions types pouvait reconnaître aux créanciers locaux d'ouvrir ou de poursuivre une procédure collective contre le débiteur, puisqu'une exception était prévue dans le cas des procédures de ce type. Les dispositions ne cherchaient pas non plus à traiter de questions ayant trait à la répartition des biens ou au rang de priorité à accorder aux créances. On a également noté que cette approche prévoyait certaines autres exemptions de la suspension, notamment pour des considérations d'ordre public ou dans le cas des créances assorties de sûreté et des droits réels au sens des lois de l'État adoptant les dispositions types.

105. Le Groupe de travail a aussi pris note des observations selon lesquelles les mesures accordées en cas de reconnaissance d'une procédure étrangère ne devaient pas aller au-delà de ce qui résulterait de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dans l'État adoptant les dispositions types ni conférer à un représentant étranger plus de pouvoirs que ceux dont disposait un administrateur nommé localement. Il ne fallait pas non plus, a-t-on dit, accorder au représentant étranger plus de pouvoirs qu'il n'en aurait dans la juridiction d'origine. On a notamment suggéré, pour faciliter un tel équilibre, de disposer que la reconnaissance aurait les mêmes effets que l'ouverture d'une procédure locale. On a fait valoir qu'une telle approche pourrait contribuer à limiter la nécessité de prévoir diverses exceptions.

Alinéa a)

106. Comme indiqué ci-dessus, le Groupe de travail a décidé que la suspension prévue à l'alinéa *a)* s'appliquerait uniquement aux procédures étrangères principales. Il a examiné plusieurs autres modifications susceptibles d'être apportées aux dispositions concernant la suspension.

107. Afin qu'il soit bien clair que le projet de dispositions ne devait pas avoir pour effet de désavantager les créanciers locaux, on a suggéré de limiter la suspension des poursuites individuelles des créanciers aux actions intentées pour obtenir des mesures d'exécution contre des biens. Le Groupe de travail a décidé qu'une telle restriction devrait être proposée comme option. On a aussi suggéré de mentionner expressément la préservation du droit des créanciers locaux de faire valoir leurs créances dans la procédure étrangère.

108. Le Groupe de travail est également convenu que la référence, figurant au sous-alinéa ii), au gel du transfert de tout intérêt sur des biens par le débiteur pourrait être élargie au gel des paiements par le débiteur. Il a en outre estimé qu'il fallait laisser au tribunal local le soin de décider dans quels cas des dérogations devaient être admises au gel du transfert (par exemple, dans celui des transferts effectués "dans le cours normal [des] activités" du débiteur, notamment pour le versement des salaires). Afin de donner au tribunal un point de référence pour trancher cette question ainsi que d'autres questions ayant trait à divers aspects de la suspension et aux exceptions prévues à l'alinéa *a*), le Groupe de travail a décidé de proposer deux options aux États qui adopteraient les dispositions types, prévoyant que la portée et l'étendue de la suspension seraient déterminées conformément soit aux lois régissant ces suspensions dans l'État adoptant les dispositions types, soit aux lois de la juridiction d'origine. Les exceptions à la suspension éventuellement applicables aux droits réels seraient alors celles prévues par la législation que l'État d'adoption jugerait applicable.

109. On a estimé dans l'ensemble qu'une telle approche serait plus efficace pour donner à la suspension le degré de souplesse voulu afin de permettre les paiements nécessaires du point de vue de l'administration de l'insolvabilité, tout en gelant d'autres paiements qui risquaient d'avoir pour seul résultat d'amoinrir la valeur des biens du débiteur.

110. On a proposé, pour déterminer la portée de la suspension, une approche fondée sur la nature de la procédure étrangère (liquidation, redressement, etc.), mais elle n'a pas recueilli un appui suffisant. On a estimé qu'il était préférable de ne pas imposer au tribunal de l'État qui adopterait les dispositions types d'avoir à classer les procédures étrangères dans des catégories qui risquaient de ne pas être universellement applicables.

Alinéas b), c) et e)

111. Le Groupe de travail a relevé que les mesures à la disposition du représentant étranger en application des alinéas *b*), *c*) et *e*), par opposition à celles disponibles en application de l'alinéa *a*), revêtaient en général un caractère moins urgent que la suspension et n'étaient pas automatiques puisqu'elles étaient subordonnées à une décision du tribunal compétent de l'État adoptant les dispositions types.

112. En ce qui concerne l'alinéa *c*), le Groupe de travail s'est prononcé pour la référence subordonnant la prise en charge et la gestion des biens du débiteur par le représentant étranger à une décision judiciaire à cet effet. On a souligné que cette référence ferait apparaître sans ambiguïté que le représentant étranger ne serait pas, du simple fait de la reconnaissance, autorisé à prendre en charge les biens du débiteur et à les gérer sans avoir obtenu un ordre du tribunal.

113. Le Groupe de travail a noté que l'alinéa *e*) autorisait le représentant étranger à demander au tribunal de l'État adoptant les dispositions types d'ordonner toutes autres mesures appropriées en l'espèce. On a fait observer que les réserves relatives aux règles de procédure du tribunal de l'État adoptant les dispositions types et à la protection des créanciers locaux contre tout préjudice ou inconvénient injustifié - qui pouvaient par ailleurs être considérées comme étant englobées dans l'exception générale d'ordre public que le tribunal pouvait invoquer - devaient s'appliquer à tous les effets de la reconnaissance d'une procédure étrangère prévus à l'article 7. On a également fait valoir qu'il n'était peut-être pas nécessaire d'énoncer ces réserves à l'alinéa *e*) puisqu'elles étaient implicites dans la référence générale à l'ordre public figurant au paragraphe 2 de l'article 6.

Alinéas d) et f)

114. On a noté que les alinéas *d*) et *f*) énonçaient des dispositions habilitantes, le premier donnant au représentant étranger accès aux tribunaux de l'État adoptant les dispositions types en cas d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dans cet État, et le second autorisant les tribunaux de l'État adoptant les dispositions types à coopérer avec ceux de l'État dans lequel la procédure étrangère reconnue avait été ouverte.

115. L'emplacement de l'alinéa *d*) a été contesté au motif que le représentant étranger pouvait intervenir dans une procédure collective locale, qu'il ait ou non déposé une demande de reconnaissance, et que c'était donc là une question qui relevait de l'accès du représentant étranger aux tribunaux de l'État adoptant les dispositions types. Une disposition telle que celle énoncée à l'alinéa *d*) serait mieux à sa place au chapitre IV, ou peut-être,

selon un autre intervenant, parmi les dispositions consacrées à la coopération judiciaire. La place de l'alinéa *f*) a elle aussi été contestée.

Paragraphe 2

116. Le Groupe de travail s'est largement montré favorable à une disposition allant dans le sens du paragraphe 2 qui autorise les tribunaux de l'État adoptant les dispositions types à accorder des mesures provisoires à la demande du représentant étranger. On a noté que de telles mesures pouvaient être essentielles pour préserver les biens du débiteur en attendant que le tribunal compétent de l'État adoptant les dispositions types statue sur la demande de reconnaissance.

Paragraphe 3

117. On a noté que conformément au paragraphe 3, la reconnaissance d'une procédure étrangère principale produirait, dans l'État adoptant les dispositions types, les mêmes effets que l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité en vertu de la loi de l'État d'origine. Le paragraphe 3 a été largement contesté. On a fait valoir en particulier que l'exportation directe des effets de la procédure étrangère risquait d'être jugée inacceptable par de nombreux États. On a émis l'avis qu'une telle approche pourrait toutefois figurer dans les dispositions types en tant qu'option que pourraient retenir les États qui seraient disposés à offrir à un certain nombre d'États, dont ils établiraient la liste, l'application directe de la loi étrangère relative à l'insolvabilité. Une autre solution consisterait à prévoir que la reconnaissance de la procédure étrangère aurait dans l'État adoptant les dispositions types les mêmes effets qu'une procédure d'insolvabilité ouverte en vertu des lois de cet État.

118. Le Groupe de travail a par la suite été saisi de la version révisée ci-après de l'article 7 élaborée par le groupe de rédaction :

"1. *a*) Entre l'introduction d'une demande de reconnaissance et l'octroi ou le refus de la reconnaissance, et si nécessaire pour protéger les biens du débiteur ou les intérêts des créanciers, le tribunal peut, à la demande du représentant étranger, accorder l'[un] [une] quelconque des [types de] mesures autorisées conformément au paragraphe 2;

b) Le tribunal ordonne au représentant étranger d'effectuer la même notification que celle qui serait exigée en cas de demande de mesures conservatoires dans le présent État;

c) Lesdites mesures ne peuvent se prolonger au-delà de la date à laquelle la reconnaissance est accordée ou refusée;

2. *a*) Dès la reconnaissance d'une procédure étrangère principale, l'ouverture ou la poursuite des actions individuelles de créanciers contre [le débiteur] [ou les biens du débiteur] et tout transfert des biens du débiteur sont suspendus. Sont applicables à la suspension toutes exceptions ou restrictions qui s'appliqueraient en vertu de

OPTION I : toute loi du présent État régissant les procédures que le tribunal juge comparables à la procédure étrangère principale;

OPTION II : la loi régissant la procédure étrangère principale [si la procédure étrangère principale a lieu dans l'un des États dont la liste figure à l'annexe X].

b) Dès la reconnaissance de toute procédure étrangère, le tribunal peut, à la demande du représentant étranger, accorder toute mesure appropriée, et notamment :

i) suspendre les actions qui ne sont pas suspendues ou prolonger la suspension des actions visée à l'alinéa *a*) du paragraphe 2;

ii) prolonger les mesures accordées conformément au paragraphe 1 afin de protéger les biens du débiteur ou les intérêts des créanciers;

- iii) ordonner la production de témoignages ou d'informations concernant les biens et les obligations financières du débiteur;
 - iv) autoriser le représentant étranger à préserver et à gérer les biens du débiteur;
 - v) accorder toute autre mesure disponible en vertu des lois de l'État dans lequel la procédure étrangère a été ouverte ou en vertu des lois du présent État, y compris l'introduction d'actions en annulation ou en inexécutabilité d'actes juridiques préjudiciables à tous les créanciers.
- c) Le représentant étranger notifie la reconnaissance dans les ... jours à tous les créanciers connus ayant une adresse dans le présent État.
- d) Toute mesure accordée conformément au présent paragraphe expire :
- i) si elle n'est pas prolongée, dans les ... jours suivant la reconnaissance; ou
 - ii) en cas d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité en vertu des lois du présent État, si le tribunal devant lequel la procédure a été ouverte ordonne qu'il soit mis fin à ladite mesure.

3. Le tribunal peut, si le représentant étranger dans une procédure étrangère principale en fait la demande à l'expiration d'un délai de ... jours après la reconnaissance, ordonner la remise des biens au représentant étranger pour qu'il les gère, les vende ou les répartisse dans la procédure étrangère.

4. Lorsqu'il accorde ou refuse une mesure conformément au présent article, le tribunal doit s'assurer que les créanciers pris collectivement sont protégés et qu'il leur sera vraiment donné la possibilité de faire valoir leurs créances contre le débiteur.

5. Le tribunal peut, à tout moment, à la demande de toute personne ou entité dont les intérêts sont lésés par la mesure accordée ou demandée en vertu du présent article, refuser, modifier ou faire cesser ladite mesure, y compris toute mesure conservatoire ou provisoire ou mesure de référé."

"Article 7 bis

Nonobstant les dispositions de l'article 6, un tribunal refuse de reconnaître une procédure étrangère ou d'accorder des mesures en vertu de la présente Loi lorsque les effets de cette reconnaissance ou de ces mesures seraient manifestement contraires à l'ordre public."

119. Le Groupe de travail n'a pas eu suffisamment de temps pour examiner la version révisée de l'article 7. Il a, toutefois, procédé à un échange de vues préliminaire. L'inclusion à l'article 7 de délais précis a suscité des réserves. On a fait observer qu'une telle approche risquait de donner lieu à des incertitudes et qu'il serait donc préférable d'utiliser une formulation plus générale. On a, par ailleurs, fait observer qu'on pourrait faire ressortir plus clairement quels aspects des mesures disponibles conformément à l'article 7 étaient "automatiques" dès la demande de reconnaissance. Des réserves ont également été exprimées au sujet de l'alinéa *a*) du paragraphe 1, de l'alinéa *a*) du paragraphe 2, et du paragraphe 3. Enfin, on a suggéré que le projet de dispositions types comporte une option qui permettrait aux États qui la retiendraient d'accorder automatiquement les mesures disponibles en vertu de l'article 7 dès la demande de reconnaissance d'une procédure étrangère ouverte dans un pays figurant sur une liste qui serait établie par ces États.

Article 8. Modification et expiration des mesures accordées

120. Le texte du projet d'article dont le Groupe de travail était saisi était le suivant :

"Les mesures accordées en application de l'article 6-1 continuent de produire leurs effets jusqu'à ce que le tribunal compétent les modifie ou y mette fin, [ou jusqu'à leur expiration conformément aux lois [du présent État]]."

121. Le Groupe de travail a décidé d'attendre, avant d'examiner la nécessité de l'article 8, que l'on ait déterminé s'il était possible d'incorporer à l'article 7 des dispositions reprenant en substance celles de l'article 8.

Article 9. Notification des créanciers

122. Le texte du projet d'article dont le Groupe de travail était saisi était le suivant :

"[Outre les exigences en matière de notification en vertu des lois du présent État,] le tribunal peut ordonner aux représentants étrangers demandant la reconnaissance d'une procédure étrangère et sollicitant des mesures en vertu de l'article 7 d'aviser les créanciers de la manière que le tribunal jugera appropriée."

123. Le Groupe de travail a décidé, avant d'examiner la nécessité de l'article 9, de chercher à incorporer à l'article 7 des dispositions concernant la notification des créanciers.

Article 10. Exécution d'obligations au profit du débiteur

124. Le texte du projet d'article dont le Groupe de travail était saisi était le suivant :

"1. Lorsqu'une obligation a été honorée dans le présent État au bénéfice d'un débiteur soumis à une procédure étrangère reconnue conformément à l'article 6, alors qu'elle aurait dû être honorée au bénéfice du représentant étranger conformément aux mesures accordées audit représentant lors de la reconnaissance, la personne ayant honoré cette obligation est réputée s'être libérée si elle n'avait pas connaissance de la procédure étrangère.

2. Lorsqu'une obligation visée au paragraphe 1 est honorée avant qu'il y ait eu notification conformément à l'article 9, la personne ayant honoré l'obligation est présumée, sauf preuve contraire, ne pas avoir eu connaissance de la procédure étrangère; lorsque l'obligation est honorée après notification, la personne ayant honoré l'obligation est présumée, sauf preuve contraire, avoir eu connaissance de la procédure étrangère."

125. Des vues divergentes ont été exprimées sur le point de savoir s'il serait souhaitable d'inclure une disposition allant dans le sens de l'article 10. A l'appui de la suppression de cet article, on a fait valoir que, dans de nombreux systèmes juridiques, les tiers se libéraient en payant le débiteur, qu'ils aient ou non eu connaissance de la procédure étrangère. On a aussi reproché à l'article 10 de supposer un système de reconnaissance automatique et de ne pas faire de distinction entre la reconnaissance d'une procédure étrangère principale et celle d'une procédure étrangère secondaire.

126. Par ailleurs, on a fait observer que le recouvrement des créances du débiteur et la libération des tiers débiteurs soulevaient toutes sortes de questions complexes et qu'on risquait de créer des conflits avec la loi applicable. Parmi ces questions, on pouvait citer, par exemple, la question de la juridiction dans laquelle le paiement serait dû, et une éventuelle compensation, ce qui sortait du cadre du champ d'application du texte en cours d'élaboration. On a émis l'avis que si l'on jugeait vraiment nécessaire de traiter de la question du paiement des dettes dues au débiteur, on pourrait le faire dans le contexte des effets de la reconnaissance accordée par les tribunaux de l'État adoptant les dispositions types.

127. Selon un autre point de vue, une disposition traitant de l'exécution d'obligations au profit du débiteur était utile car elle servirait, comme l'article 19, à protéger les tiers dont les intérêts étaient lésés par la reconnaissance d'une procédure étrangère. Un certain nombre de suggestions ont été faites pour mieux atteindre cet objectif : les tiers ne devraient pas être censés avoir connaissance de l'ouverture de procédures étrangères secondaires mais uniquement de la reconnaissance des procédures principales; la disposition ne devrait s'appliquer qu'aux obligations financières "dues dans le présent État"; il faudrait aussi traiter au paragraphe 2 de la question de savoir si un tiers ayant payé le débiteur tout en ayant connaissance de la procédure étrangère serait réputé s'être libéré. En ce qui concerne la suggestion, mentionnée ci-dessus, tendant à traiter à l'article 7 la question du paiement des dettes dues au débiteur, on a objecté qu'elle n'avait pas sa place dans cet article puisque celui-ci traitait des mesures à la disposition du représentant étranger.

128. À l'issue d'un débat, le Groupe de travail a décidé de réserver sa position sur l'article 10 jusqu'à ce qu'il ait examiné de façon plus approfondie la version révisée de l'article 7 et d'autres parties du texte.

CHAPITRE III. COOPÉRATION JUDICIAIRE

Article 11. *Autorisation de la coopération judiciaire*

129. Le texte du projet d'article dont le Groupe de travail était saisi était le suivant :

"1. Les tribunaux du présent État et les administrateurs nommés dans le présent État coopèrent dans toute la mesure possible avec les tribunaux ou autorités administratives étrangers et avec les représentants étrangers des procédures étrangères reconnues conformément à l'article 5, [compte tenu dans tous les cas des règles de procédure du tribunal et de la protection des créanciers [locaux] contre tout préjudice ou inconvénient injustifié].

2. La coopération peut être assurée par des mesures appropriées, notamment :

a) la nomination d'un administrateur ou d'un représentant chargé d'agir sur les instructions du tribunal;

b) la communication d'informations [, par tout moyen jugé approprié par le tribunal,] et la coordination de l'administration et de la supervision des biens et des affaires du débiteur, notamment par l'approbation et la mise en œuvre par le tribunal de mesures relatives à la coordination des procédures avec les procédures étrangères dans le présent État;

c) [... le présent État voudra peut-être énumérer des formes additionnelles de coopération, ou des exemples de coopération]

3. Les tribunaux du présent État peuvent demander aux tribunaux étrangers ou aux autorités administratives étrangères compétentes une assistance pour toute question relative à une [procédure d'] insolvabilité dans le présent État."

Paragraphe 1

130. On a noté que le paragraphe 1 visait à établir le principe de la coopération judiciaire tandis que le paragraphe 2 visait à suggérer, de façon non exhaustive, des formes possibles de coopération judiciaire, l'État adoptant les dispositions types pouvant, s'il le souhaitait, ajouter d'autres formes d'exemples de coopération.

131. Les membres du Groupe de travail se sont accordés à estimer qu'une disposition autorisant les tribunaux ou les autorités administratives compétentes de l'État adoptant les dispositions types à coopérer avec des tribunaux étrangers aux fins de procédures d'insolvabilité était utile et devait être maintenue.

132. On a suggéré de supprimer la référence aux "administrateurs" figurant au paragraphe 1, au motif que, même si les administrateurs étaient appelés à coopérer, ils devraient le faire sous la supervision du tribunal compétent. Or cette question était déjà traitée à l'alinéa a) du paragraphe 2. On a aussi fait valoir qu'il pouvait exister des cas dans lesquels il ne serait pas nommé d'administrateur. Un autre intervenant a fait observer qu'une référence indépendante à la coopération des administrateurs risquait de faire oublier que la coopération entre administrateurs devait se faire sous la supervision des tribunaux. On a dit qu'une telle approche, qui imposait directement une coopération entre administrateurs, allait sans doute trop loin et risquait de susciter des conflits avec les règles de l'État adoptant les dispositions types visant à assurer la protection de la vie privée dans les transferts de données, par exemple dans le cas des demandes d'informations.

133. On a également suggéré de faire référence, au paragraphe 1, à la coopération des administrateurs comme suite à une décision judiciaire. On a, toutefois, craint qu'une telle formulation ne fasse croire que l'autorisation du tribunal devrait être obtenue pour chaque acte de coopération d'un administrateur, ce qui aurait pour effet d'entraver la coopération. On a souligné que dans la pratique, un certain degré de latitude et d'initiative de la part

des administrateurs était nécessaire pour qu'il y ait coopération, et que le degré voulu de latitude et d'initiative devait être autorisé dans le cadre général de la supervision judiciaire.

134. Le Groupe de travail, tout en confirmant que la coopération envisagée entre les administrateurs devrait s'effectuer sous la supervision générale du tribunal compétent, a noté que la coopération d'un tribunal avec un représentant étranger ou la coopération entre un administrateur dans l'État adoptant les dispositions types et un représentant étranger était souvent nécessaire pour assurer une action concertée rapide dans les cas d'insolvabilité transnationale, et que cette question devait donc être traitée dans le texte en cours d'élaboration.

135. On a fait observer que le paragraphe 1 disposait que la coopération devait avoir lieu "dans toute la mesure du possible" et que cette réserve pouvait répondre à plusieurs des préoccupations qui avaient été exprimées concernant la portée et la formulation de l'article 11.

136. On a également suggéré de remplacer "coopèrent" par "peuvent coopérer" car la première formulation risquait de donner l'impression que la coopération était obligatoire, indépendamment des autres facteurs pertinents. On a objecté qu'il importait de surmonter un problème qui se posait dans de nombreux pays, à savoir le fait que les tribunaux n'étaient pas habilités à coopérer avec des tribunaux ou des représentants étrangers. Le libellé initial ("coopèrent") était préférable à cet égard. En outre, le membre de phrase "dans toute la mesure du possible" introduisait suffisamment de souplesse.

137. On a, par ailleurs, suggéré de supprimer les mots "reconnues conformément à l'article [6]" ou d'ajouter "ou dont la reconnaissance est demandée", au motif que le libellé actuel risquait de subordonner toute coopération judiciaire à la reconnaissance d'une procédure étrangère dans l'État adoptant les dispositions types. Cette suggestion a bénéficié d'un large appui. On a déclaré qu'il était préférable de ne pas limiter la coopération à la phase postérieure à la reconnaissance.

138. En ce qui concerne la référence à la protection des créanciers "locaux" figurant à la fin du paragraphe 1, les membres du Groupe de travail se sont accordés à estimer que si une référence aux créanciers devait être maintenue, il ne fallait pas établir de distinction entre les créanciers en fonction de leur résidence. On a émis l'avis que la réserve figurant à la fin du paragraphe 1 pourrait faire l'objet d'un paragraphe distinct de l'article 11 et qu'on pourrait utilement l'étendre en faisant également référence aux parties intéressées et aux objectifs généraux des dispositions types.

Paragraphe 2

139. En ce qui concerne la liste des formes de coopération figurant au paragraphe 2, on a émis l'avis qu'il faudrait ajouter d'autres formes de coopération soit au paragraphe 2 lui-même soit dans un guide pour l'incorporation des dispositions législatives types dans les législations nationales. On a cité, à titre d'exemple, la question des marques de fabrique et celle des droits conférés par les brevets; cet exemple a, toutefois, suscité une mise en garde contre la tentation d'entrer trop dans le détail au paragraphe 2.

Paragraphe 3

140. On a noté que cette disposition introduisait dans le projet une ouverture sur l'extérieur en prévoyant que les tribunaux d'un État adoptant les dispositions types pouvaient demander l'assistance de tribunaux étrangers. On a émis des réserves quant à l'opportunité d'inclure ce paragraphe dans les dispositions types car celles-ci visaient avant tout à faire en sorte que les États qui les adopteraient soient réceptifs aux demandes de coopération concernant des procédures étrangères. On a craint, à cet égard, que cette disposition ne soit considérée comme empiétant sur les prérogatives d'autres juridictions en suggérant que les tribunaux de l'État qui adoptait les dispositions types étaient habilités à obtenir une telle coopération en vertu des dispositions types.

141. L'opinion qui l'a emporté a, toutefois, été qu'il fallait conserver une disposition allant dans le sens du paragraphe 3. On a rappelé que, lors du Colloque judiciaire, l'attention de la Commission avait été appelée sur le fait que, dans certains pays, les tribunaux s'estimaient insuffisamment habilités par la loi à rechercher une telle coopération. On a fait valoir que le paragraphe 3 contribuerait à combler de telles lacunes dans les législations nationales, qu'il n'aurait pas pour effet d'empiéter sur les prérogatives d'autres juridictions, et que cela n'en était pas l'intention.

142. Après un débat, le Groupe de travail a renvoyé l'article 11 au groupe de rédaction pour examen et inclusion éventuelle d'autres exemples de coopération.

143. Le groupe de rédaction a ensuite présenté au Groupe de travail la version révisée ci-après de l'article 11 et de l'intitulé du chapitre III pour qu'il l'examine à une session ultérieure :

"CHAPITRE III. COOPÉRATION AVEC LES JURIDICTIONS ÉTRANGÈRES

Article 11. *Autorisation de la coopération*

1. Les tribunaux du présent État, et les administrateurs nommés dans le présent État, coopèrent dans toute la mesure du possible avec les tribunaux étrangers ou les autorités compétentes étrangères et avec les représentants étrangers.
2. Les tribunaux du présent État peuvent demander directement des informations ou une assistance aux tribunaux étrangers ou aux autorités compétentes étrangères pour toute question relative à une procédure d'insolvabilité dans le présent État.
3. *a)* La coopération peut être assurée par tout moyen approprié, notamment :
 - i) la nomination d'une personne chargée d'agir sur les instructions du tribunal;
 - ii) la communication d'informations, par tout moyen jugé approprié par le tribunal, et la coordination de l'administration et de la supervision des biens et des affaires du débiteur;
 - iii) l'approbation ou l'application par les tribunaux des arrangements concernant la coordination des procédures;
 - iv) [... le présent État voudra peut-être énumérer des formes supplémentaires de coopération, ou des exemples de coopération];
- b)* La coopération avec des tribunaux étrangers ou des autorités compétentes étrangères et des représentants étrangers est toujours subordonnée aux règles de procédure du tribunal."

CHAPITRE IV. ACCÈS DES REPRÉSENTANTS ET DES CRÉANCIERS ÉTRANGERS AUX TRIBUNAUX

Article 12. *Demande de reconnaissance d'une procédure étrangère*

144. Le texte du projet d'article examiné par le Groupe de travail était le suivant :

"Un représentant étranger peut demander directement la reconnaissance d'une procédure étrangère, ainsi que des mesures provisoires d'autres formes de mesures au tribunal visé à l'article 4."

145. La question ayant été posée de savoir quelle était l'utilité de faire figurer le mot "directement" pour qualifier l'accès aux tribunaux accordé au représentant étranger, le Groupe de travail a expliqué que cette formulation avait pour but de bien préciser qu'il s'agissait de permettre au représentant étranger d'avoir accès directement au tribunal compétent pour statuer sur les demandes de reconnaissance de procédures étrangères.

146. L'avantage de cet accès direct était qu'il permettait d'échapper à la nécessité de recourir aux formes de communication par la voie diplomatique ou consulaire - commission rogatoire, par exemple - auxquelles on serait réduit par ailleurs, qui sont incommodes et qui font perdre du temps. Comme il a été indiqué à la Commission, il arrive souvent que ces canaux ne conviennent pas pour faire face à l'urgence de la situation dans des cas d'insolvabilité transnationale et pour prendre les mesures voulues pour empêcher la dispersion des biens.

147. Diverses suggestions ont été faites visant à développer la teneur de l'article 12 pour y concentrer dans une seule des dispositions types les différents aspects du problème de l'accès du représentant étranger aux tribunaux de l'État ayant adopté lesdites dispositions. Il s'agirait de regrouper les éléments ci-après dans l'article 12 : ce qui, dans le texte original du sous-alinéa *d*) de l'alinéa 1 de l'article 7, vise le droit accordé au représentant étranger d'intervenir dans une procédure collective dans l'État ayant adopté les dispositions; la référence à l'accès aux fins d'une demande de reconnaissance; et la référence à l'accès aux fins d'une demande de mesures provisoires.

148. Le Groupe de travail a approuvé une suggestion selon laquelle le droit d'intervenir dans une procédure dans l'État ayant adopté les dispositions devrait être étendu des procédures collectives aux actions intentées par des créanciers individuels. Il a noté que cela permettrait plus facilement d'agir rapidement dans les cas où ce serait nécessaire pour préserver les biens.

149. En ce qui concerne le droit accordé au représentant étranger d'intervenir dans une procédure locale, un des membres du groupe a avancé que ce droit ne devrait être acquis qu'après la reconnaissance et non avant. Un autre membre a estimé au contraire que le droit d'intervenir devrait être élargi de sorte qu'il ne soit pas subordonné à la reconnaissance. Le Groupe de travail a estimé qu'il pourrait effectivement être nécessaire sur ce point de prévoir une option pour les États qui adopteraient les dispositions, certains d'entre eux pouvant adopter une position plus rigoureuse que d'autres sur la question de savoir si la reconnaissance doit être une condition préalable à l'intervention du représentant étranger dans divers types de procédures engagées sur son territoire.

150. La question a été posée de savoir si ce qui, dans la version révisée de l'article 12, vise l'accès aux tribunaux aux fins de demander des mesures provisoires devrait s'étendre à tout tribunal compétent de l'État ayant adopté les dispositions et non exclusivement au tribunal compétent pour statuer sur la reconnaissance. A cet égard, il a été noté qu'il pouvait se produire que le tribunal compétent pour arrêter telle ou telle mesure provisoire (par exemple du fait de sa proximité géographique par rapport aux biens) ne soit pas celui visé à l'article 4 en tant que tribunal compétent pour statuer sur la demande de reconnaissance. Il a été décidé que l'on pourrait tenir compte de la diversité des solutions possibles à ce problème qui peuvent exister à l'échelon national en prévoyant, en ce qui concerne l'accès à un tribunal aux fins de mesures provisoires, une option qui permettrait aux États adoptant les dispositions d'y faire figurer une formule voisine de "[devant tout tribunal compétent du présent État]".

151. Après délibération, le Groupe de travail a communiqué le texte de l'article 12 au groupe de rédaction afin qu'il examine comment tenir compte de diverses suggestions qui avaient été faites. Par la suite, le groupe de rédaction a proposé le texte révisé de l'article 12 ci-après afin que le Groupe de travail l'examine à une session ultérieure :

"Article 12. *Accès des représentants étrangers aux tribunaux*

Un représentant étranger peut

- a) à tout moment, demander directement des mesures provisoires [devant tout tribunal compétent du présent État];
- b) demander directement la reconnaissance d'une procédure étrangère, les mesures prévues à l'article 7, et la coopération prévue à l'article 11;
- c) [à partir de la reconnaissance,] intervenir dans les procédures collectives ou autres procédures visant le débiteur ou ses biens ouvertes dans le présent État."

Article 13. *Preuve de la procédure étrangère*

152. Le texte du projet d'article dont était saisi le Groupe de travail se lisait comme suit :

"1. Une demande de reconnaissance d'une procédure d'insolvabilité étrangère est soumise au tribunal accompagnée de la preuve de l'ouverture de la procédure et de la nomination du représentant étranger. Cette preuve peut prendre la forme d'une copie certifiée de la décision ou des décisions d'ouverture de la procédure étrangère et de nomination du représentant étranger ou, en l'absence d'une telle preuve, toute autre forme requise par le tribunal. Aucune légalisation ou formalité similaire n'est requise.

2. La traduction des documents visés au paragraphe 1 dans une langue officielle du présent État peut être requise.

[3. Une procédure étrangère est présumée avoir été ouverte comme il convient dans la juridiction étrangère, à moins qu'il ne soit prouvé qu'il n'y avait pas de lien substantiel entre le débiteur et cette juridiction.]"

Paragraphe 1

153. Le Groupe de travail a jugé que l'article 13 était généralement acceptable. Des observations ont néanmoins été formulées au sujet de plusieurs aspects de son libellé. Par exemple, il a été suggéré qu'il pourrait être utile d'élargir la portée de la disposition pour qu'elle s'étende non seulement aux demandes de reconnaissance d'une procédure étrangère, comme c'est actuellement le cas, mais aussi à d'autres types de demande que le représentant étranger pourrait adresser aux tribunaux de l'État adoptant les dispositions types, en particulier aux demandes de mesures interlocutoires. Il a été dit à ce propos qu'un représentant étranger devrait être tenu d'obtenir l'autorisation du tribunal auquel il a soumis une demande de reconnaissance avant de demander l'assistance d'autres tribunaux de l'État adoptant les dispositions types. Le tribunal "qui reconnaît" ferait ainsi en quelque sorte fonction d'"agent de la circulation".

154. En ce qui concernait la copie certifiée requise pour "la décision" d'ouverture de la procédure étrangère, il a été suggéré qu'il pourrait être préférable d'utiliser des termes plus généraux, par exemple "document" ou "déclaration attestant" de façon à ce qu'ils couvrent aussi les cas dans lesquels le représentant étranger serait nommé, ou la procédure ouverte, sans que ce soit par une décision ou une ordonnance du tribunal [par exemple sur ordre d'une autorité administrative ou en vertu d'un droit conféré par la loi (par exemple une procédure engagée *motu proprio* par un débiteur)].

155. Certains ont douté, toutefois, que l'emploi du mot "document" soit approprié, ce terme indiquant la forme mais non le contenu de l'acte par lequel un administrateur d'insolvabilité serait nommé. D'autres hésitaient à utiliser le terme "ordonnance", qui, dans certaines juridictions, pourrait avoir un sens technique et s'appliquer à une procédure exigeant un certain délai. A l'appui de la proposition tendant à se référer à des "déclarations" attestant la nomination des administrateurs, il a été fait observer que, dans certains pays, les tribunaux jouissaient d'un grand pouvoir discrétionnaire pour délivrer ces déclarations et que cette pratique s'était révélée très utile.

156. Il a été suggéré aussi au cours du débat que, pour permettre au tribunal de l'État adoptant les dispositions types qui avait été saisi d'une demande ou de demandes de reconnaissance de déterminer quelle était la procédure principale, les représentants étrangers devraient être tenus d'indiquer la nature et la base juridictionnelle de la procédure étrangère.

157. Une question a été posée au sujet du sens du mot "légalisation". Le Groupe de travail a précisé que, s'il n'était pas exigé de "légalisation", c'était pour éviter d'imposer des conditions entraînant des formalités consulaires ou notariales qui demandent du temps et ne sont donc pas compatibles avec l'élément de rapidité requis pour le traitement des demandes par des représentants étrangers.

Paragraphe 2

158. Il a été demandé quel était le sens de la règle prévoyant que la traduction de la demande du représentant étranger pouvait "être requise". On ne voyait, en effet, pas clairement quelle devait être la source de la requête - un tribunal, un autre organe ou une loi. Il a été suggéré en réponse que cette question pourrait être laissée à l'appréciation du tribunal saisi de la demande de reconnaissance du représentant étranger, qui déciderait conformément au droit de l'État adoptant les dispositions types. Il a été suggéré aussi qu'il serait utile de compléter la référence à une langue "officielle" pour tenir compte des cas dans lesquels il pourrait y avoir plus d'une langue officielle. On pourrait, par exemple, à cette fin parler de "langue officielle du tribunal".

Paragraphe 3

159. Compte tenu des modifications apportées aux projets d'articles 6 et 7, le Groupe de travail a décidé que le paragraphe 3 était superflu et devait être supprimé.

Article 14. Comparution limitée

160. Le texte du projet d'article dont le Groupe de travail était saisi était le suivant :

"La comparution d'un représentant étranger devant un tribunal du présent État dans le cadre d'une demande présentée conformément aux dispositions de la présente Loi ne soumet pas le représentant étranger à la compétence des tribunaux de l'État à toute autre fin, mais un tribunal accordant des mesures au représentant étranger peut subordonner l'octroi de ces mesures à l'exécution par le représentant étranger des ordres du tribunal."

161. Le Groupe de travail est convenu que l'article 14 énonçait une disposition particulièrement utile pour faciliter la coopération et l'accès et la reconnaissance et devait donc être maintenu. On a noté que l'intention était de prévoir une clause de sauvegarde visant à garantir que le tribunal de l'État adoptant les dispositions types n'étendrait pas sa juridiction à l'ensemble des biens du débiteur du simple fait qu'une demande de reconnaissance avait été introduite devant lui.

162. On a fait observer que l'intention derrière l'article 14 risquait de ne pas être universellement comprise tel que cet article était actuellement libellé. En effet, dans certains pays, ce libellé risquait d'être interprété comme cherchant à interdire aux tribunaux de l'État adoptant les dispositions types de se déclarer compétent pour des motifs autres que l'introduction d'une demande de reconnaissance, ce qui entrerait en conflit avec les règles de procédure nationales.

163. Compte tenu de ce qui précède, on a suggéré d'ajouter à l'article 14 un membre de phrase tel que "sans préjudice de tout autre motif de juridiction". Dans le même ordre d'idées, on a suggéré d'ajouter un membre de phrase tel que "nonobstant d'autres motifs de juridiction".

164. On a émis l'avis que le terme "comparution", qui avait un sens bien spécifique dans certaines juridictions, risquait de ne pas être universellement compris, et devrait donc être remplacé par une expression plus générale telle que : "la participation à une procédure de reconnaissance ou à une procédure analogue ne soumet pas le représentant étranger à la juridiction", ou "le fait de s'adresser à un tribunal de l'État adoptant les dispositions types n'expose le représentant étranger à la juridiction des tribunaux de cet État pour aucune fin autre que la demande de reconnaissance". A cet égard, on a fait observer que les termes "demande" et "comparution" (dans la version anglaise, "*petition*", "*application*" et "*appearance*") étaient utilisés de façon interchangeable dans le projet de dispositions types, et l'on a suggéré de définir l'un de ces termes et de l'utiliser dans l'ensemble du projet.

165. On a déclaré que la seconde partie de l'article 14, qui subordonnait l'octroi des mesures demandées par le représentant étranger à l'exécution par ce dernier des ordres du tribunal, traitait d'une question différente et devrait donc soit faire l'objet d'un paragraphe distinct à l'article 14, soit être insérée à l'article 7 parmi les dispositions concernant les mesures à la disposition du représentant étranger. Cette suggestion a bénéficié d'un certain appui, mais l'on a objecté qu'il ressortait plus clairement du libellé actuel que le représentant étranger était soumis à la juridiction du tribunal aux fins des mesures qu'il avait demandées. Selon un autre point de vue, la dernière partie de l'article 14 devrait être purement et simplement supprimée, car il semblait qu'elle risquait de susciter des incertitudes.

166. A l'issue d'un débat, le Groupe de travail a décidé de retenir l'article 14 quant au fond. Il a également été convenu que la question de la subordination à l'exécution des ordres du tribunal par le représentant étranger de l'octroi des mesures demandées pourrait être traitée à l'article 7, tandis que les autres questions soulevées au cours du débat pourraient être expliquées dans le guide pour l'incorporation des dispositions législatives types dans le droit interne, qui serait établi ultérieurement, ou peut-être encore traitée dans une version révisée de l'article 14 que le secrétariat préparerait pour la session suivante.

Article 15. *Demandes adressées à un tribunal non compétent*

167. Le texte du projet d'article dont le Groupe de travail était saisi était le suivant :

"Si le tribunal auquel la demande de reconnaissance est adressée n'est pas le tribunal compétent, [la demande est transmise sans retard au tribunal compétent] [le tribunal oriente le représentant étranger vers le tribunal compétent]."

168. On a exprimé l'avis qu'une disposition allant dans le sens de celle énoncée à l'article 15 pourrait utilement compléter l'article 4 qui précisait le tribunal compétent pour examiner les demandes de reconnaissance des procédures étrangères, afin d'éviter des retards inutiles qui risquaient de compromettre la capacité du représentant à préserver les biens au bénéfice de la masse des créanciers.

169. Toutefois, l'opinion qui l'a emporté a été qu'il ne fallait pas imposer aux tribunaux non compétents pour examiner une demande dont ils seraient saisis la charge de trouver vers quelle juridiction le demandeur devait être orienté, et qu'il était probable que les tribunaux non compétents fassent le nécessaire dans chaque cas d'espèce. On a estimé que la question était convenablement traitée à l'article 4 et qu'il serait approprié de supprimer l'article 15.

Article 16. *Ouverture d'une procédure d'insolvabilité par le représentant étranger*

170. Le projet d'article étudié par le Groupe de travail se lisait comme suit :

"Un représentant étranger est habilité à entamer une procédure d'insolvabilité dans le présent État [si les conditions d'ouverture d'une telle procédure en vertu des lois du présent État sont réunies]."

171. On a fait observer que le projet d'article 16 tendait à compléter les mesures dont pouvait se prévaloir le représentant étranger en application du projet d'article 12, en lui donnant le droit de demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dans l'État adoptant les dispositions types.

172. Le Groupe de travail a étudié la question de savoir si la simple ouverture d'une procédure d'insolvabilité dans l'État d'origine devait autoriser le représentant étranger à chercher l'ouverture d'une procédure nationale dans l'État appliquant les dispositions types, sans que les conditions définies par la législation de l'État appliquant les dispositions types pour l'ouverture d'une procédure nationale d'insolvabilité doivent nécessairement être réunies.

173. On a estimé qu'une conception fondée sur le principe selon lequel la simple ouverture d'une procédure d'insolvabilité dans un pays devrait être une condition suffisante pour l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dans un autre pays, était conforme aux objectifs généraux des dispositions types tendant à faciliter la coopération judiciaire dans les affaires transnationales d'insolvabilité, dans le but de préserver les actifs du débiteur et de maximiser leur valeur au bénéfice de la masse des créanciers.

174. Dans le même esprit, on a suggéré que le représentant étranger soit habilité à demander l'ouverture d'une procédure nationale d'insolvabilité dans l'État appliquant les dispositions types, avant même d'être reconnu comme représentant d'une procédure étrangère d'insolvabilité dans l'État appliquant les mesures types.

175. À cet égard, on a fait observer que dans la pratique, les représentants étrangers cherchant à obtenir un type donné d'assistance seraient souvent amenés à présenter différentes demandes concurrentes. Par exemple, un représentant étranger pouvait chercher à être reconnu dans une procédure étrangère dans l'État appliquant les mesures types et, faute d'être reconnu comme tel, demanderait l'ouverture d'une procédure nationale.

176. Selon une autre opinion, le projet d'article 16 était acceptable dans son présent libellé, sans nouvelle élaboration. A l'appui de cette opinion, on a fait observer qu'il n'était pas nécessaire d'accorder au représentant étranger un statut spécial quelconque qui lui accorderait des prérogatives s'ajoutant à celles d'un créancier ordinaire. Dans cet esprit, l'objet de l'article était d'accorder au représentant étranger le droit de demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dans l'État appliquant les mesures types et non de lui permettre de se dérober aux conditions définies dans la législation nationale pour une telle procédure. Le Groupe de travail a ainsi laissé le texte dans son état actuel, en incluant dans le libellé de l'article les mots actuellement entre crochets : "si les conditions d'ouverture d'une telle procédure en vertu des lois du présent État sont réunies". Le Groupe de travail a également renoncé à incorporer au texte de l'article l'idée que le droit accordé par l'article 16 devait être lié à la reconnaissance du représentant étranger en tant que tel.

177. Lors du débat, on a fait observer que le terme "entamer" n'était pas suffisamment clair et devait être remplacé par le terme "demander" afin d'assurer que l'idée principale du projet d'article 16 soit bien le droit du représentant étranger de demander officiellement l'ouverture d'une procédure nationale, ce qui dépendait d'une décision d'un tribunal compétent ou de toute autre autorité de l'État appliquant les dispositions types. En outre, on a suggéré que même s'il pouvait résulter implicitement du libellé du texte de l'article 16 que les conditions de preuve à réunir en vertu du projet d'article 13 s'appliquaient aussi bien aux mesures provisoires qu'aux demandes d'ouverture d'une procédure nationale, cette idée pourrait utilement être clarifiée dans le projet d'article 16.

Article 17. Accès des créanciers étrangers à la procédure d'insolvabilité dans le présent État

178. Le texte du projet d'article examiné par le Groupe de travail était ainsi conçu :

"1. Tout créancier, qu'il soit ou non [habituellement] résident ou domicilié dans le présent État, ou qu'il y ait son siège statutaire[, y compris les autorités fiscales et les organismes de sécurité sociale étrangers,] a le droit de produire ses créances dans le cadre de la procédure d'insolvabilité dans le présent État, [dans la même mesure et de la même manière que les autres créanciers de même rang,] conformément aux lois du présent État.

2. Dès que la procédure d'insolvabilité est ouverte dans le présent État, [le tribunal] [l'administrateur] fait immédiatement aviser de l'ouverture de la procédure les créanciers connus qui ne sont pas [habituellement] résidents ou domiciliés dans l'État ou qui n'y ont pas leur siège statutaire. La notification prévoit [un délai minimum raisonnable] dans lequel un tel créancier peut produire ses créances.

3. La notification [est conforme aux exigences en la matière des lois du présent État] [comprend les éléments suivants :

a) indication des délais à observer et du lien dans lequel les créances peuvent être produites, ainsi que des sanctions frappant le non-respect de ces exigences;

b) indication du point de savoir si les créanciers dont la créance est assortie d'une sûreté doivent produire leur créance;

c) toute autre information requise pour les notifications aux créanciers conformément aux lois du présent État et aux ordonnances du tribunal.]"

Paragraphe 1

179. Le Groupe de travail a constaté que le paragraphe 1 visait à établir une règle de non-discrimination touchant le traitement accordé aux créanciers étrangers dans l'État adoptant les dispositions types. Il a été indiqué que l'on pourrait peut-être remplacer le libellé existant par un simple énoncé du principe de la non-discrimination, sans nécessairement entrer dans les autres considérations du texte actuel.

180. L'une des principales questions sur lesquelles a porté la discussion était celle de savoir si le paragraphe 1 devrait soulever le problème de la reconnaissance des créances des autorités fiscales et des organismes de sécurité sociale étrangers. Au nombre des difficultés que susciterait pareille extension de la disposition figurait la résistance qui pourrait être rencontrée dans ceux des États qui ne souhaiteraient pas accorder aux autorités fiscales et autres autorités étrangères un statut égal à celui des autorités du pays. Les dispositions législatives types seraient de ce fait plus difficiles à faire accepter.

181. Touchant la formule "les autorités fiscales et les organismes de sécurité étrangers", on a fait observer que l'utilisation de termes aussi spécifiques pourrait donner l'impression malencontreuse que le champ d'application de la non-discrimination entre les créanciers était délibérément restreint; toutes sortes d'autres autorités publiques pourraient en effet avoir des créances à produire dans un contexte transnational. Il a été indiqué que le problème pourrait être résolu en se référant de façon plus générale à des "créanciers publics", "créances publiques" ou "créances d'État" ou encore à des "créances couvertes par le droit public, telles que les créances des autorités fiscales et des organismes de sécurité sociale étrangers".

182. Bien que certains aient préconisé de recommander l'élimination de la discrimination à l'égard des créances de telles autorités publiques, les membres du Groupe de travail dans leur ensemble ont manifesté une certaine incertitude quant à la nécessité d'établir une règle générale dans les dispositions types. On a fait observer que la question pourrait être réglée en faisant référence à "tout créancier", ce qui permettrait de ne pas exclure tel ou tel type de créancier dans le texte, le soin étant laissé à l'État de déterminer, conformément à sa législation et à ses traditions, quels types de créanciers étrangers seraient reconnus. Des indications plus précises pourraient être données dans un guide à l'intention des États adoptant les dispositions types.

183. Une autre formule permettant de préciser l'ambition limitée du texte consisterait à exclure expressément de la portée du paragraphe 1 les créances publiques du type susmentionné, en particulier les créances des autorités fiscales et des organismes de sécurité sociale étrangers. Certains estimaient cependant qu'une exclusion expresse de cet ordre pourrait être trop large et avoir pour effet malencontreux de limiter la liberté d'action d'un tribunal qui souhaiterait dans l'un ou l'autre cas, pour des raisons d'ordre public, par exemple, admettre une créance publique jugée essentielle pour l'administration d'une affaire d'insolvabilité.

184. Bon nombre des membres du groupe s'interrogeaient également sur le paragraphe 1 dans son ensemble, celui-ci leur paraissant pouvoir être interprété comme une disposition qui viserait à tourner certaines formes traditionnelles de discrimination consacrées par le droit de certains pays quant à la reconnaissance, ou à l'absence de reconnaissance, des privilèges ou de la priorité des créanciers étrangers. On a fait observer que l'harmonisation voulue ne serait ni possible ni souhaitable dans un instrument se présentant sous la forme de dispositions législatives types, plutôt que d'une convention. Compte tenu de ces préoccupations, le Groupe de travail a estimé qu'il s'agissait là aussi d'un domaine dans lequel le texte ne devrait pas entrer.

185. On a fait remarquer par ailleurs que la clause restrictive incluse à la fin du paragraphe 1 ("conformément aux lois du présent État") faisait planer une certaine incertitude sur l'applicabilité de la disposition. Il a été dit qu'étant donné, en particulier, la discussion générale du paragraphe 1 à laquelle il avait été procédé, cette clause ne devrait porter que sur les aspects procéduraux de l'ouverture de la procédure et de la production des créances.

186. Une autre question posée au sujet de la portée était de savoir si l'applicabilité ou l'effet du paragraphe 1 devraient dépendre du fait qu'une procédure d'insolvabilité était ou n'était pas en cours dans les instances auxquelles ressortissaient les créanciers étrangers. Il a plus précisément été demandé si une procédure étrangère pouvait être reconnue et des créanciers ressortissant à l'instance étrangère considérée autorisés dans le même temps à produire des créances dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité dans l'État adoptant les dispositions.

187. On a fait observer qu'il vaudrait mieux ne pas se référer à la résidence "habituelle" des créanciers.

Paragraphe 2

188. Plusieurs intervenants ont proposé de restreindre quelque peu l'obligation de notification stipulée au paragraphe 2, qui impose à l'administrateur nommé dans le présent État d'aviser immédiatement les créanciers étrangers connus de l'ouverture de la procédure.

189. Les intéressés étaient d'avis qu'au lieu d'exiger systématiquement la notification des créanciers étrangers dans tous les cas, il serait préférable de limiter cette obligation aux cas où il faut aviser les créanciers locaux. On a fait valoir que cette approche serait conforme au principe du traitement "national", non discriminatoire, des créanciers et éviterait d'imposer inutilement l'envoi de notifications (en l'absence d'actifs, par exemple). L'obligation de notification des créanciers étrangers serait alors comparable à celle applicable dans le cas des créanciers établis dans le présent État.

Paragraphe 3

190. Au cours de la session, le paragraphe 3 n'a fait l'objet d'aucune observation ou objection spécifique.

191. Au terme de ses délibérations sur l'article 17, le Groupe de travail a prié le secrétariat de rédiger une version révisée de l'article en tenant compte de ses débats.

CHAPITRE V. PROCÉDURES PARALLÈLES

Article 18. Procédures parallèles

192. Le texte du projet d'article 18 que le Groupe de travail a examiné était libellé comme suit :

"VARIANTE A

1. Sous réserve des dispositions de l'article 5-1 e), la reconnaissance d'une procédure d'insolvabilité étrangère n'a pas d'effets sur l'ouverture ou la poursuite d'une procédure d'insolvabilité en vertu des lois du présent État.

VARIANTE B

1. Lorsqu'une procédure d'insolvabilité a été ouverte dans une juridiction étrangère dans laquelle le débiteur a [le centre de ses intérêts principaux] [son domicile], les tribunaux du présent État

OPTION I

n'ont pas compétence pour ouvrir une procédure d'insolvabilité contre le débiteur que si ce dernier a [un établissement] [ou] [des biens] dans le présent État[, et les effets de cette procédure sont limités [à l'établissement] [ou] [aux biens] du débiteur situés sur le territoire du présent État].

OPTION II

[peuvent limiter] [limitent] les pouvoirs de l'administrateur nommé dans le cadre de la procédure d'ouverture dans le présent État aux biens [et à l'établissement] du débiteur sur le territoire du présent État.

2. [La reconnaissance d'une procédure d'insolvabilité étrangère] [Une copie certifiée conforme d'un jugement d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité étrangère] atteste, aux fins de l'ouverture dans le présent État d'une procédure visée au paragraphe 1 et sauf preuve contraire, que le débiteur est insolvable.

3. L'administrateur et le représentant étranger coopèrent conformément aux ordres du tribunal et se communiquent promptement l'un à l'autre toute information pertinente pour l'autre procédure, notamment toutes les mesures ayant pour objet de mettre fin à une procédure."

Paragraphe 1

193. En ce qui concerne l'effet de la reconnaissance d'une procédure étrangère sur le pouvoir d'ouvrir une procédure d'insolvabilité dans le présent État, la variante B et son option I ont reçu la majorité des suffrages au cours de la phase initiale des travaux. En vertu de cette variante et de cette option, la reconnaissance d'une procédure d'insolvabilité principale dans une juridiction étrangère aurait pour effet de n'autoriser l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dans le présent État que lorsque le débiteur a un établissement dans ce dernier. Cette approche, jugée intéressante et pas trop ambitieuse, était susceptible de recueillir l'agrément des États.

194. On a posé la question de savoir si, dans le cadre de l'approche générale privilégiée par le Groupe de travail, il serait précisé que l'application de la disposition en question serait déclenchée non par la simple ouverture d'une procédure étrangère, mais par la reconnaissance de cette procédure. Selon un point de vue, la reconnaissance d'une procédure d'insolvabilité étrangère ne devait pas constituer une condition préalable, mais le Groupe de travail ne s'est pas rallié à cette position, estimant qu'un système fondé sur la reconnaissance offrirait une plus grande certitude et une meilleure prévisibilité.

195. A une large majorité, les membres du Groupe de travail étaient d'avis que la reconnaissance d'une procédure étrangère principale n'aurait pas pour effet, en vertu des dispositions types, d'interrompre une procédure en cours. On a cependant évoqué la possibilité qu'en pareil cas, le tribunal soit autorisé à clore ou suspendre la procédure. Il a été suggéré d'inclure une disposition dans ce sens dans l'article 11 (coopération judiciaire).

Paragraphe 2

196. Le paragraphe 2 a été jugé acceptable en substance, sous réserve d'en limiter les effets aux cas où l'ouverture d'une procédure étrangère principale a été reconnue.

Paragraphe 3

197. Le Groupe de travail a estimé que, dans l'ensemble, le paragraphe 3 était acceptable. Il a demandé au secrétariat d'examiner la proposition tendant à l'incorporer à l'article 11.

Article 19. *Taux de paiement des créanciers*

198. Le texte du projet d'article 19 que le Groupe de travail a examiné était libellé comme suit :

"Sans préjudice des [créances assorties de sûretés] [droits réels], un créancier ayant obtenu satisfaction partielle en ce qui concerne sa créance dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité ouverte dans un autre État ne peut prétendre à un dividende pour la même créance dans une autre procédure concernant le même débiteur dans le présent État, tant que le dividende attribué aux autres créanciers dans la procédure ouverte dans le présent État est inférieur au dividende qu'il a obtenu."

199. Dans l'ensemble, les membres du Groupe de travail étaient favorables à ce qu'une disposition analogue à l'article 19 soit adoptée. Ils sont néanmoins convenus que le projet d'article devait encore être revu, afin de faire ressortir clairement que son objet était d'éviter qu'un créancier ne soit réglé deux fois ou ne bénéficie d'un taux de paiement beaucoup plus élevé que les autres créances de même rang.

III. TRAVAUX FUTURS

200. Au terme de ses délibérations, le Groupe de travail a prié le secrétariat d'établir une version révisée du projet de dispositions types, pour le lui présenter à sa prochaine session qui, sous réserve de confirmation par la Commission, se tiendra à Vienne du 7 au 18 octobre 1996. Le Groupe de travail a également demandé au secrétariat d'élaborer pour cette session un premier projet de guide pour l'incorporation des dispositions types dans le droit interne.

D. Document de travail soumis au Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité : projet de dispositions législatives sur la coopération judiciaire et l'accès et la reconnaissance dans les cas d'insolvabilité transnationale (A/CN.9/WG.V/WP.44) [original : anglais]

TABLE DES MATIÈRES

Page

INTRODUCTION	
PROJET DE DISPOSITIONS LÉGISLATIVES TYPES DE LA CNUDCI SUR L'INSOLVABILITÉ TRANSNATIONALE	
PRÉAMBULE	
CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GÉNÉRALES	
Article premier. Champ d'application	
Article 2. Définitions et règles d'interprétation	
Article 3. Obligations internationales du présent État	
Article 4. [Tribunal] [autorité] compétent[e] pour la reconnaissance des procédures étrangères	
Article 5. Autorisation donnée aux administrateurs d'agir à l'étranger	
CHAPITRE II. RECONNAISSANCE DES PROCÉDURES D'INSOLVABILITÉ	
Article 6. Reconnaissance des procédures d'insolvabilité étrangères	
Article 7. Mesures disponibles en cas de reconnaissance de la procédure étrangère	
Article 8. Modification et expiration des mesures accordées	
Article 9. Notification des créanciers	
Article 10. Exécution d'obligations au profit du débiteur	

CHAPITRE III.	COOPÉRATION JUDICIAIRE
Article 11.	Autorisation de la coopération judiciaire
CHAPITRE IV.	ACCÈS DES REPRÉSENTANTS ET CRÉANCIERS ÉTRANGERS AUX TRIBUNAUX
Article 12.	Demande de reconnaissance d'une procédure étrangère
Article 13.	Preuve de la procédure étrangère
Article 14.	Comparution limitée
Article 15.	Demandes adressées à un tribunal non compétent
Article 16.	Ouverture d'une procédure d'insolvabilité par le représentant étranger
Article 17.	Accès des créanciers étrangers à la procédure d'insolvabilité dans le présent État
CHAPITRE V.	PROCÉDURES PARALLÈLES
Article 18.	Procédures parallèles
Article 19.	Taux de paiement des créanciers

INTRODUCTION

1. À la présente session, le Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité poursuivra ses travaux, conformément à la décision prise par la Commission à sa vingt-huitième session (Vienne, 2-26 mai 1995) d'entreprendre l'élaboration d'un instrument juridique relatif aux aspects transnationaux de l'insolvabilité¹.

2. La Commission a pris cette décision à la suite de suggestions formulées par des praticiens et des représentants d'autres milieux commerciaux directement concernés par le problème, notamment à l'occasion du Congrès de la CNUDCI sur "Un droit commercial uniforme au XXI^e siècle" (tenu à New York parallèlement à la vingt-cinquième session, du 18 au 22 mai 1992)². A sa vingt-sixième session, la Commission a décidé d'étudier de plus près ces suggestions³. Par la suite, pour évaluer l'opportunité et la faisabilité de travaux dans ce domaine et pour définir comme il convenait la portée de ces travaux, la CNUDCI et l'International Association of Insolvency Practitioners (INSOL) ont organisé un colloque sur les aspects transnationaux de l'insolvabilité (Vienne, 17-19 avril 1994), qui a rassemblé des praticiens de l'insolvabilité de diverses disciplines, des juges, des hauts fonctionnaires et des représentants d'autres secteurs intéressés, y compris des prêteurs⁴.

3. Lors de ce premier Colloque CNUDCI-INSOL, il a été proposé que la CNUDCI entreprenne, tout au moins au stade actuel, des travaux dans le but limité mais utile de faciliter la coopération judiciaire, et l'accès aux tribunaux des administrateurs de faillites étrangères et la reconnaissance des procédures étrangères d'insolvabilité (appelés ci-après "coopération judiciaire" et "accès et reconnaissance"). Il a été proposé par ailleurs d'organiser une réunion internationale de magistrats afin de connaître leur avis sur les travaux de la

¹*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 17 (A/50/17), par. 382 à 393.*

²Les Actes du Congrès ont été publiés sous la cote A/CN.9/SER.D/1, publication des Nations Unies, numéro de vente : F.94.V.14.

³*Documents officiels de l'Assemblée générale, vingt-huitième session, Supplément n° 17 (A/48/17), par. 302 à 306.* La note sur laquelle la Commission a basé ses débats à la vingt-sixième session a été publiée sous la cote A/CN.9/378/Add.4.

⁴Le rapport du Colloque CNUDCI-INSOL relatif aux aspects transnationaux de l'insolvabilité présenté par le secrétariat à la Commission à sa vingt-septième session figure dans le document A/CN.9/398.

Commission dans ce domaine. La Commission a accueilli favorablement ces suggestions à sa vingt-septième session⁵.

4. La CNUDCI et INSOL ont ensuite organisé à Toronto, les 22 et 23 mars 1995, un deuxième Colloque judiciaire sur les aspects transnationaux de l'insolvabilité. L'objectif était de faire en sorte que la Commission, au moment où elle entreprenait des travaux sur cette question, obtienne les avis de juges et de hauts fonctionnaires concernés sur la question de la coopération judiciaire dans les cas d'insolvabilité transnationale et sur les questions connexes de l'accès et de la reconnaissance⁶. Selon le consensus qui s'est dégagé lors du Colloque, il serait utile que la Commission fournisse un cadre législatif, sous forme par exemple de dispositions législatives types, pour la coopération judiciaire et qu'elle incorpore dans le texte qu'elle élaborera des dispositions sur l'accès et la reconnaissance. Lorsqu'elle a pris note des vues exprimées au Colloque, la Commission a noté que le Groupe de travail examinerait diverses questions qui y avaient été soulevées quant à la portée et aux effets éventuels du texte juridique à élaborer et aux approches à adopter.

5. Le Groupe de travail a commencé d'examiner ces questions à sa dix-huitième session (Vienne, 30 octobre-10 novembre 1995)⁷ et a notamment examiné des projets de dispositions sur diverses questions, notamment la définition de certains termes et des règles sur la reconnaissance des procédures étrangères, les effets de la reconnaissance, les modalités d'accès aux tribunaux des représentants des insolvabilités étrangères et la coopération judiciaire dans le cas de procédures parallèles. La présente note a pour objet de servir de base à la reprise des débats durant la session. On trouvera ci-après un projet de dispositions législatives types fondé sur les projets de dispositions examinés par le Groupe de travail lors de la session précédente, qui ont été révisés et complétés, compte tenu des débats durant cette session. On trouvera également ci-après des projets de dispositions sur certaines questions qui, de l'avis du Groupe de travail lors de sa dernière session, pourraient être incluses dans l'instrument ou qui, selon le secrétariat, méritent d'être examinées.

PROJET DE DISPOSITIONS LÉGISLATIVES TYPES DE LA CNUDCI SUR L'INSOLVABILITÉ TRANSNATIONALE

Notes relatives au titre

1. Les débats durant la session précédente et lors des deux colloques ont fait apparaître que la préférence semblait aller, du moins à ce stade, à des dispositions législatives types, plutôt qu'à une convention. Le Groupe de travail voudra peut-être tenir compte de cette préférence en partant du principe que les dispositions prendront la forme d'une loi type. Une telle approche n'empêcherait pas de revenir éventuellement sur cette décision et d'opter pour un projet de convention.

2. Pour ce qui est du libellé du titre, on a retenu le terme "dispositions législatives types" de préférence à "loi type", étant donné le champ d'application limité des dispositions par rapport au large éventail des questions régies par les lois nationales sur l'insolvabilité et du fait que les dispositions types seront incorporées dans des lois existantes, plutôt que d'être adoptées en tant que loi distincte. Le texte ci-après ne contient que les dispositions de procédure directement pertinentes, car chaque État qui l'adoptera disposera déjà de règles de procédure qui continueront d'être applicables.

* * *

⁵Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, Supplément n° 17 (A/49/17), par. 215 à 222.

⁶Le rapport du Colloque judiciaire que le secrétariat a soumis à la Commission à sa vingt-huitième session figure dans le document A/CN.9/413.

⁷Le rapport de cette session du Groupe de travail est publié sous la cote A/CN.9/419.

PRÉAMBULE

CONSIDÉRANT qu'il est souhaitable de prévoir des mécanismes efficaces pour traiter des cas d'insolvabilité transnationale afin de promouvoir les objectifs suivants :

- a) administrer équitablement et efficacement les insolvabilités de manière à protéger les intérêts des créanciers du présent État, ainsi que ceux des créanciers étrangers;
- b) maximiser la valeur des biens du débiteur insolvable en cas de procédure d'insolvabilité;
- c) faciliter le redressement d'entreprises en difficulté financière mais viables, ce qui permettra de protéger des investissements et de préserver des emplois;
- d) promouvoir et instaurer un cadre prévisible pour le commerce et les investissements dans le présent État; et
- e) développer la coopération entre les tribunaux et les autres autorités compétentes des États intervenant dans des affaires d'insolvabilité transnationale,

le [Gouvernement] [Parlement] du présent État adopte les dispositions ci-après.

Notes

1. L'énoncé des objectifs dans le Préambule a pour objet d'indiquer, à un endroit approprié, les objectifs qui sous-tendent la loi et de donner des orientations pour l'interprétation et l'application des dispositions types. En tant que tel, l'énoncé des objectifs ne vise pas à créer des droits ou obligations quant au fond. Comme la pratique législative en la matière diffère d'un État à l'autre, on pourrait envisager de recommander aux États qui n'ont pas pour pratique d'inclure des préambules d'incorporer l'énoncé des objectifs dans le corps même de la loi. Une telle recommandation figure dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services, à propos du Préambule de ladite Loi type.
2. Les références dans le Préambule et ailleurs dans le texte au "présent État" seront remplacées, lors de l'adoption des dispositions types, par le nom de l'État en question.

CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article premier. *Champ d'application*

La présente [Loi] [Section] s'applique aux insolvabilités dans lesquelles :

- a) une procédure étrangère a été ouverte et la reconnaissance de cette procédure et [l'exécution d'une ordonnance, ou toute autre forme d'] [une] assistance ou [de] [une] mesure est sollicitée dans le présent État;
- b) une procédure d'insolvabilité a été ouverte dans le présent État et le tribunal demande une assistance pour cette procédure auprès d'un tribunal ou d'une autorité compétente étrangers; ou
- c) des procédures d'insolvabilité relatives à un débiteur ont lieu simultanément dans le présent État et dans un ou plusieurs autres États.

Notes

1. Le chapitre premier englobe un certain nombre de dispositions de caractère général, portant notamment sur le champ d'application, les définitions, les relations entre les projets d'articles, à supposer que ceux-ci conservent la forme d'une loi et ne prennent pas celle d'une convention, et les obligations de l'État découlant de traités, l'identification du tribunal ou de l'autorité administrative compétents pour s'acquitter des fonctions visées

dans l'instrument et l'autorisation donnée aux administrateurs nommés dans l'État pour agir à l'étranger. Le Groupe de travail voudra peut-être étudier s'il serait bon de traiter d'autres questions dans le chapitre premier.

2. L'article premier traite des cas qui sont internationaux parce que le débiteur a des biens ou exerce des activités dans plus d'une juridiction. On notera que les cas qui sont internationaux parce qu'un débiteur situé dans l'État a des créanciers étrangers sont traités dans les dispositions types, dans la mesure où l'on trouve à l'article 17 une disposition sur l'accès des créanciers et la non-discrimination, qui énonce le principe du traitement national des créanciers, y compris le droit des créanciers étrangers à demander une procédure d'insolvabilité dans l'État. Toutefois, il n'est pas fait mention de tels cas dans la disposition sur le champ d'application, car on a voulu éviter de donner l'impression que la simple présence de créanciers étrangers rend applicables les règles générales sur la reconnaissance. Le Groupe de travail voudra peut-être étudier si l'article premier devrait néanmoins être modifié d'une manière ou d'une autre, afin que l'on ne puisse pas interpréter par erreur les dispositions relatives à l'accès des créanciers et à la non-discrimination, figurant à l'article 17, comme ne s'appliquant que dans les cas visés aux alinéas *a)*, *b)* ou *c)* de l'article premier.

3. Les dispositions législatives types étant de portée limitée et traitant, dans une certaine mesure, de questions et de procédures prévues dans la législation nationale de l'insolvabilité, on peut supposer qu'elles pourront être incorporées par les États en tant que dispositions additionnelles, dans le cadre de la législation de l'insolvabilité en vigueur. C'est pourquoi il pourrait être indiqué, dans un guide pour l'incorporation de ces dispositions, que, selon la forme que prendra cette incorporation, il ne sera peut-être pas nécessaire d'inclure une disposition particulière sur le champ d'application. Les expressions entre crochets "[Loi] [Section]" sont utilisées afin de tenir compte des différentes formes possibles d'incorporation des dispositions types dans la législation des faillites des États. Dans le reste du texte, toutefois, on a simplement utilisé le mot "loi", mais un État pourra souhaiter retenir, dans tout le texte, un terme différent.

4. Le Groupe de travail voudra peut-être étudier si l'on pourrait supprimer la référence à "l'exécution d'une ordonnance..." qui figure entre crochets et considérer que celle-ci est englobée dans la référence à "l'assistance", qui resterait si l'on supprimait le texte entre crochets.

* * *

Article 2. *Définitions et règles d'interprétation*

Aux fins de la présente Loi,

a) Le terme "administrateur" désigne une personne ou un organe nommé par un tribunal [ou par une autorité légale] dans le présent État, qui est autorisé à redresser les biens ou les affaires du débiteur, ou à liquider les biens du débiteur, dans le cadre d'une procédure de redressement ou de liquidation entamée en vertu des lois du présent État, y compris la mise en œuvre de toute mesure qui pourra être ordonnée en application de la présente Loi;

Notes

1. Comme il est indiqué dans le titre, l'article 2 pourra être utilisé, non seulement pour définir différents termes, mais aussi pour énoncer les règles d'interprétation que le Groupe de travail jugera approprié d'inclure.

2. La définition du terme "administrateur" a été incluse car les projets d'articles traitent de situations et de fonctions faisant intervenir une personne ou entité nommée par un tribunal de l'État, afin de superviser les biens ou les affaires du débiteur, par exemple dans le contexte d'une procédure d'insolvabilité ouverte dans l'État; elle a aussi pour objet de mettre en œuvre un régime de reconnaissance et de coopération pour les procédures étrangères. Cela peut être le cas lorsque la procédure ouverte dans l'État adoptant les dispositions types n'est pas une procédure "d'insolvabilité" en tant que telle, mais plutôt une procédure "connexe", ouverte afin de fournir une assistance à la procédure étrangère. Toutefois, dans une procédure purement connexe, un administrateur ne sera pas nécessairement désigné et des mesures d'assistance pourront être accordées directement au représentant étranger. Dans le cadre de procédures parallèles ou secondaires, la loi nationale de l'État adoptant les

dispositions types régira la désignation et la définition de la personne ou de l'organe désigné ici sous le nom d'"administrateur". De ce fait, le Groupe de travail voudra peut-être étudier si cette définition est ou non superflue.

3. Outre la question d'une éventuelle incorporation terminologique de la référence à l'"administrateur" dans la législation des faillites de l'État, le projet de dispositions types fait référence aux fonctions de l'administrateur dans un contexte transnational, notamment les pouvoirs donnés aux tribunaux d'autoriser l'administrateur à agir à l'étranger en tant que représentant du tribunal ou de la procédure devant un tribunal ou une procédure étrangers (art. 5).

b) Aux fins de la présente Loi, le terme "débiteur" désigne une personne morale [ou physique] [insolvable] qui a le statut d'insolvable dans une procédure étrangère, [mais ne comprend pas les débiteurs dont les dettes ont été [apparemment] contractées [essentiellement] à des fins personnelles, familiales ou domestiques et non à des fins commerciales];

Notes

1. La règle d'interprétation du terme "débiteur" devrait se fonder sur la définition de ce terme que l'on trouvera probablement dans la législation des faillites de l'État. Figurent entre crochets divers éléments de la définition que le Groupe de travail voudra peut-être examiner, comme il est indiqué ci-après.

2. Lors de la session précédente, on a débattu, sans arriver à une conclusion, du point de savoir si l'instrument devrait s'appliquer à l'insolvabilité de personnes physiques. Dans le même ordre d'idées, on s'est demandé si l'inclusion des personnes physiques entraînerait l'inclusion des insolabilités de "consommateurs", soit, en d'autres termes, les insolabilités de "non-commerçants" (A/CN.9/419, par. 33). Les mots entre crochets à la fin de la définition représentent une solution proposée pour exclure de tels cas, si le Groupe de travail décide d'opter pour une exclusion des "consommateurs", tout en évitant d'exclure globalement l'insolvabilité de personnes physiques. La formulation de cette exclusion se fonde sur l'alinéa a) de l'article 2 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises. On pourrait envisager de retenir cette exclusion sous forme d'option. On a inclus le mot "apparemment" afin de ne pas avoir à faire référence à une exigence particulière de preuve dès l'introduction d'une demande de reconnaissance.

c) Le terme "procédure étrangère" désigne une procédure collective judiciaire ou administrative[, qu'elle soit volontaire ou forcée,] en application d'une loi sur l'insolvabilité[, ou d'une autre loi relative à l'insolvabilité,] dans un pays étranger dans lequel les biens et les affaires du débiteur sont soumis au contrôle ou à la supervision d'un tribunal ou d'une autorité officielle, ou d'une personne compétente sous la supervision d'un tribunal ou d'une autorité officielle, à des fins de redressement ou de liquidation;

Notes

1. La définition se fonde sur un texte examiné lors de la session précédente (A/CN.9/419, par. 95 à 110). Le texte a été modifié compte tenu des observations et suggestions faites durant le débat. On a notamment précisé que la supervision du débiteur s'exerce sous l'administration ou la supervision générale d'un tribunal ou d'une autorité compétente de l'État dans lequel la procédure étrangère a été ouverte.

2. Les mots entre crochets ("[ou d'une autre loi relative à l'insolvabilité]") font référence au fait que les liquidations et redressements peuvent être fondés sur des lois autres que les lois sur l'insolvabilité à strictement parler (par exemple, les lois sur les sociétés).

d) Le terme "représentant étranger" désigne une personne ou un organe nommé dans une procédure étrangère, qui est autorisé par la loi, par un tribunal ou par une autre autorité compétente à redresser les biens ou les affaires du débiteur, ou à liquider les biens du débiteur;

Notes

La définition se fonde sur un texte examiné lors de la session précédente (A/CN.9/419, par. 111 à 117). Le texte a été modifié compte tenu des observations et des suggestions faites durant le débat.

e) Le terme "ouverture d'une procédure étrangère" désigne l'engagement de la procédure, que l'ordonnance ou le jugement d'ouverture de la procédure soient ou non définitifs;

Notes

Il a été noté lors de la session précédente que les jugements ou ordonnances d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité auxquels il est fait référence dans le texte peuvent, selon la nature du processus initial, être plus ou moins définitifs pour ce qui est de l'ouverture effective de la procédure d'insolvabilité. Vu l'un des principaux objectifs du projet de dispositions - permettre la mise en place au plus tôt de mécanismes de coopération et de coordination entre les juridictions intervenant dans une procédure d'insolvabilité transnationale - on pourrait envisager une définition souple, telle que celle qui est proposée ci-dessus. On trouvera une définition similaire à l'article 2 *f)* de la Convention de l'Union européenne.

f) Le terme "redressement" désigne une procédure dans laquelle les droits des créanciers et les obligations des débiteurs font l'objet d'un règlement[, notamment par le biais d'un concordat];

Notes

La définition a été incluse afin qu'il soit bien clair que les procédures de redressement visées englobent celles que l'on désigne sous le nom de "concordat" (A/CN.9/419, par 108).

g) Le terme "droits réels" désigne le droit de réaliser des biens et d'être désintéressé par le produit ou les revenus de ces biens ou un droit exclusif de recouvrer une créance, notamment en vertu d'un gage, d'une hypothèque ou de la cession de cette créance à titre de garantie, [les arrangements relatifs à la réserve de propriété], le droit de percevoir les fruits d'un bien [et le droit des créanciers de procéder à la compensation des créances mutuelles].

Notes

1. Référence est faite dans les projets d'articles aux "droits réels" dans le contexte de l'exclusion de ces droits de certains effets de la reconnaissance (art. 6-1 *a)*, option II). Vu les contextes et les systèmes juridiques différents dans lesquels cette notion pourra être utilisée, il sera sans doute utile d'inclure une définition telle que celle qui est proposée ci-dessus. Le texte proposé tente de reprendre l'essentiel des éléments de la définition donnée à l'article 5-2 de la Convention de l'Union européenne, quoique sous une forme un peu abrégée.

2. On a fait état, à la fin de la session précédente, de la question de la réserve de propriété, qui est ici mentionnée davantage pour permettre la poursuite du débat que pour suggérer que cette solution serait appropriée en l'espèce. On notera que l'article 7 de la Convention de l'Union européenne prévoit que l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité contre l'acheteur d'un bien n'affecte pas les droits du vendeur fondés sur une réserve de propriété, lorsque ce bien se trouve dans un État contractant autre que l'État où la procédure est ouverte. Cette disposition précise également que l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité contre le vendeur ne fait pas obstacle à l'acquisition par l'acheteur de la propriété du bien vendu et ne constitue pas une clause de résolution ou de résiliation de la vente lorsque ce bien se trouve, au moment de l'ouverture de la procédure, dans un État contractant autre que l'État d'ouverture. La Convention fait également référence à la protection des acquisitions de bonne foi. L'inclusion proposée d'une référence aux droits des créanciers de procéder à la compensation de leurs créances mutuelles procède de la même démarche. On se rappellera en outre qu'il a été proposé à la session précédente d'envisager de traiter de la question des saisies prononcées sur des biens (A/CN.9/419, par. 192).

Article 3. *Obligations internationales du présent État*

En cas de conflit entre la présente Loi et une obligation du présent État née en découlant d'un traité ou toute autre forme d'accord, auquel l'État est partie avec un ou plusieurs autres États, les dispositions du traité ou de l'accord prévalent; mais, à tous autres égards, les dispositions de la présente Loi sont applicables.

Notes

Fondé sur l'hypothèse que l'instrument prendra la forme de dispositions législatives types, l'article 3 a pour objet de traiter des conflits éventuels avec des traités ou d'autres obligations internationales similaires de l'État. On trouve une disposition similaire au paragraphe 1 de l'article premier de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international et à l'article 3 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services.

* * *

Article 4. *[Tribunal] [autorité] compétent[e] pour la reconnaissance des procédures étrangères*

Les fonctions visées dans la présente Loi relatives à la reconnaissance des procédures étrangères et à la coopération avec les tribunaux étrangers sont exercées par... [Chaque État adoptant les dispositions types spécifie le tribunal, les tribunaux ou l'autorité compétente chargés de s'acquitter de ces fonctions dans l'État]

Notes

1. Comme il a été proposé à la session précédente (A/CN.9/419, par. 69), on donne ici à l'État adoptant les dispositions types la possibilité d'indiquer explicitement le tribunal ou l'autorité administrative compétents pour s'acquitter des fonctions énoncées dans les dispositions types. Cette indication différerait bien sûr d'un État à l'autre et, dans certains États, plus d'un tribunal ou d'une autorité, ou d'un de leurs organes subsidiaires, pourront être indiqués en fonction de divers facteurs, par exemple la répartition des compétences judiciaires dans l'État, le type particulier de procédure et l'ouverture ou non d'une procédure d'insolvabilité relative au débiteur dans l'État. Dans les dispositions suivantes, il est simplement fait référence dans le texte au "tribunal". Du point de vue du représentant étranger, l'inclusion d'une disposition telle que l'article 4 présente un avantage évident, car elle permet de diligenter les mesures prises pour protéger les biens du débiteur contre toute dissipation ou dissimulation.
2. Dans la mesure où le projet de dispositions types prévoit, dans son "menu d'options", la reconnaissance automatique sans décision judiciaire ou administrative dans l'État de la reconnaissance, le champ d'application de l'article 4 est réduit aux cas où il n'y a pas reconnaissance automatique. (Voir ci-après l'observation 6 relative à l'article 6 et l'observation 12 relative à l'article 7.)

* * *

Article 5. *Autorisation donnée aux administrateurs d'agir à l'étranger*

Un administrateur nommé [dans une procédure d'insolvabilité] dans le présent État est autorisé à agir [en tant que représentant étranger de ladite procédure] [pour prendre les mesures nécessaires à l'étranger aux fins du redressement des biens ou des affaires du débiteur, ou de la liquidation des biens du débiteur] conformément aux décisions du tribunal.

Notes

1. Bien que les dispositions types soient axées sur l'assistance aux procédures étrangères, l'article 5 prend la direction inverse en traitant de l'habilitation des administrateurs nommés dans l'État à agir à l'étranger, que la juridiction étrangère dans laquelle l'administrateur agit ait ou non adopté les dispositions types. L'article 5 a pour objet de combler ce qui est peut-être une lacune dans les lois nationales de certains pays, à savoir le fait que

l'administrateur nommé localement n'ait pas le pouvoir d'agir à l'étranger. Outre cette habilitation législative, le tribunal de nomination peut, en vertu de la réserve énoncée à la fin de l'article 5 ("conformément aux décisions du tribunal"), et de l'article 11, adapter le mandat extraterritorial donné à l'administrateur aux circonstances de l'espèce.

2. Pour ce qui est de la formulation de l'article 5, le Groupe de travail se voit proposer deux variantes, la première faisant simplement référence à l'administrateur agissant en tant que représentant étranger et la deuxième utilisant un libellé plus fonctionnel.

3. On notera que les lois de l'État traiteront de la question du for compétent pour les procédures d'insolvabilité menées dans cet État. Mais il ne serait peut-être pas inutile que les dispositions types proposent des règles relatives au for pour les affaires "connexes" aux procédures étrangères. De telles règles pourraient par exemple disposer qu'aux fins de la suspension d'une instance en cours, conformément à l'article 7-1 a) i), le for compétent sera le tribunal devant lequel l'action a été intentée ou dans le ressort duquel les biens en question sont situés. Les demandes d'autres formes de mesures accessoires à une procédure étrangère pourraient peut-être relever du tribunal dans le ressort duquel sont situés soit le principal établissement du débiteur, dans l'État de la reconnaissance, soit les biens principaux du débiteur dans ledit État.

* * *

CHAPITRE II. RECONNAISSANCE DES PROCÉDURES D'INSOLVABILITÉ

Article 6. *Reconnaissance des procédures d'insolvabilité étrangères*

1. Aux fins de la présente Loi, un jugement étranger d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité est reconnu [à compter du moment où il prend effet dans l'État d'ouverture de la procédure],

VARIANTE A

à moins qu'il n'apparaisse qu'il n'y a pas de lien substantiel entre la juridiction étrangère et le débiteur.

VARIANTE B

si le jugement émane d'un tribunal ou d'une autorité compétents. Un tribunal ou une autorité sont réputés compétents s'ils ont compétence sur la base de l'un des critères suivants :

- a) domicile ou résidence habituelle du débiteur;
- b) siège ou siège statutaire;
- c) [établissement principal] [centre des intérêts principaux du débiteur];
- d) emplacement des biens.

VARIANTE C

si la procédure étrangère émane d'un tribunal ou d'une autorité compétente dans un État [apparaissant dans la liste suivante : ...] [certifié aux fins de la reconnaissance d'une procédure d'insolvabilité par [nom de l'entité ou du fonctionnaire compétents dans le présent État].

2. Nonobstant les dispositions du paragraphe 1 ci-dessus, un tribunal [peut refuser] [refuse] de reconnaître l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité étrangère[, d'exécuter un jugement émanant d'une telle procédure] [, ou d'accorder d'autres formes de mesures en vertu de la présente Loi,] lorsque les effets de cette reconnaissance, de cette exécution ou de ces mesures seraient manifestement contraires à l'ordre public.

Notes

1. Le chapitre II énonce les règles relatives à la reconnaissance des procédures d'insolvabilité étrangères et commence à l'article 6 par les conditions de cette reconnaissance. Les mesures pouvant être prises dès la reconnaissance, désignées à la session précédente sous le nom d'"effets de la reconnaissance", sont précisées à l'article 7. Lorsqu'il examinera la teneur de l'article 6, le Groupe de travail voudra peut-être étudier si une disposition de cet ordre est nécessaire étant donné qu'elle risque d'être source de contentieux et de retards, mais qu'elle plaira sans doute à certains États (A/CN.9/418, par. 22 à 27). Une autre solution serait de se fonder sur les règles essentiellement procédurales de l'article 13, sous réserve d'une exonération générale fondée sur l'ordre public ou les intérêts nationaux, associée à une présomption réfragable, à savoir que la procédure étrangère a été ouverte sur la base d'un lien substantiel avec le débiteur.

2. Les dispositions sur la reconnaissance des procédures étrangères, associées aux dispositions sur l'accès des représentants étrangers aux tribunaux de l'État et sur la coopération judiciaire, offrent des mesures équivalentes à celles qui sont disponibles aux représentants étrangers dans certaines juridictions dans le cadre d'une "procédure connexe". L'ouverture d'une telle procédure peut être demandée, qu'une procédure d'insolvabilité ait été ou non ouverte dans la juridiction de la reconnaissance. La Loi type internationale sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale (MIICA), établie par le Comité J (Insolvabilité) de l'Association internationale du barreau (IBA), met en lumière les caractéristiques des dispositions législatives relatives aux "procédures connexes". En outre, le chapitre II énonce des dispositions qui peuvent être incorporées et qui font référence expressément aux effets de la reconnaissance d'une procédure étrangère qui est une procédure "principale" (c'est-à-dire une procédure émanant de l'État où est situé le centre des intérêts principaux du débiteur), par opposition à une procédure étrangère qui est simplement une procédure "secondaire" (c'est-à-dire une procédure ouverte dans un État où le débiteur n'a que des biens ou un établissement).

3. L'article 6 présente différentes approches possibles, qui pourront être examinées par le Groupe de travail, à propos de la règle sur les conditions de reconnaissance d'une procédure étrangère. Plus d'une de ces approches pourra être retenue par les États, selon leurs préférences, dans un "menu d'options". (On trouvera aux paragraphes 22 à 45 du document A/CN.9/419 un résumé des débats, lors de la session précédente, sur les facteurs de rattachement possibles concernant la compétence du tribunal étranger et d'autres facteurs qui pourraient être jugés décisifs pour la reconnaissance.)

4. Les variantes A et B font référence à la compétence du tribunal ouvrant la procédure d'insolvabilité étrangère comme élément déterminant pour la reconnaissance, mais elles diffèrent quant à la manière dont cette compétence sera évaluée. La variante A reprend une approche mentionnée durant le débat de la session précédente, qui se fonde sur une présomption réfragable de la compétence du tribunal étranger. Cette approche est particulièrement favorable à la reconnaissance des procédures étrangères, car c'est à la partie qui fait objection de déterminer que le tribunal étranger n'a pas de liens juridictionnels appropriés avec le débiteur.

5. Par contraste, la variante B impose au tribunal auquel est présentée une demande de reconnaissance d'une procédure étrangère la charge d'évaluer la compétence du tribunal étranger. Dans cette variante, plusieurs facteurs de rattachement possibles sont inclus, de manière à élargir les bases sur lesquelles la juridiction du tribunal étranger pourra être établie, le tribunal étant toutefois chargé d'examiner la compétence du tribunal étranger. On se rappellera que, lors de la session précédente, les participants ont débattu des inconvénients qu'il y avait à n'utiliser que tel ou tel facteur de rattachement pour accorder la reconnaissance, ce qui risquerait de réduire à l'excès les types de procédure étrangère qui pourraient être reconnus dans l'État ayant adopté les dispositions types (A/CN.9/419, par. 24, 99 à 105, et 185 à 189).

6. La variante C présente l'approche consistant à accorder automatiquement la reconnaissance, et peut-être aussi diverses formes d'assistance, aux procédures étrangères émanant d'États spécifiés. Cette approche peut se fonder en particulier sur une évaluation, par l'État adoptant les dispositions types, du degré de similarité entre les systèmes juridiques et la législation des faillites des États figurant sur la liste et son propre régime juridique. La variante C pourrait être combinée à une autre approche pour les États ne figurant pas sur la liste des États spécifiés (voir A/CN.9/WG.V/WP.42, par. 28); par exemple, la variante C pour les États appartenant à un groupement régional auquel appartient également l'État adoptant les dispositions types et la variante A ou B pour les procédures émanant d'autres États. La variante C pourrait être incorporée à un mécanisme de reconnaissance automatique du type de celui que met en place la Convention de l'Union européenne, qui ne suppose pas

nécessairement un acte officiel de reconnaissance. Les autres éléments de ce mécanisme automatique énoncés dans le présent texte sont les articles 7-3 et 18-1 (variante B) (option I).

7. Lors de la session précédente, les participants ont approuvé dans l'ensemble l'inclusion d'une exception à la règle de la reconnaissance fondée sur des motifs d'ordre public (A/CN.9/419. par. 40); aussi une formulation de cette exception est-elle proposée au paragraphe 2. Lors de la session précédente également, référence a été faite aux exceptions d'ordre public possibles concernant des effets particuliers de la reconnaissance. Il est suggéré dans le présent projet, notamment par les mots figurant dans la deuxième série de crochets "[, ou d'accorder d'autres formes de mesures en vertu de la présente Loi,]" que les exceptions d'ordre public devraient être regroupées. Cela éviterait d'avoir à faire des multiples références, dans l'article 7 et ailleurs dans le texte, à diverses exceptions d'ordre public soulevées dans différents contextes durant le débat de la session précédente.

* * *

Article 7. Mesures disponibles en cas de reconnaissance de la procédure étrangère

1. Aux fins de l'assistance à une procédure étrangère, la reconnaissance de ladite procédure par un tribunal compétent

a) emporte la suspension,

i) de l'ouverture ou de la poursuite dans le présent État des actions judiciaires, administratives ou privées intentées contre le débiteur ou ses biens, à l'exception

OPTION I

des procédures collectives de liquidation ou de redressement dans le présent État,

OPTION II

[, sous réserve des dispositions du paragraphe 2,] des procédures d'exécution [de créances assorties de sûretés] [de droits réels], [des saisies de biens déjà obtenues avant la reconnaissance de la procédure étrangère],

OPTION III

des procédures ouvertes à des fins policières ou réglementaires,

et

ii) du transfert de tout intérêt sur des biens par le débiteur, à l'exception des transferts [effectués dans le cours normal de ses activités] [ou] [afin de conclure des opérations financières en cours]

b) autorise le représentant étranger à obtenir un ordre du tribunal pour l'obtention de témoignages ou la production d'informations écrites ou autres par le débiteur ou d'autres personnes concernant les actes, la conduite, les biens et les obligations financières du débiteur;

c) autorise [le tribunal à émettre un ordre autorisant] le représentant étranger à prendre en charge et à gérer les biens du débiteur, [sous réserve des] [à l'exception des biens grevés par des] droits réels [et sous réserve de l'exclusion de biens [personnels] [familiaux] qui ne sont pas soumis aux dispositions relatives à l'insolvabilité en vertu des lois du présent État;

d) autorise le représentant étranger à intervenir dans la procédure collective de liquidation ou de redressement dans le présent État;

e) autorise le représentant étranger à demander au tribunal d'accorder toutes autres mesures appropriées, telles que la poursuite des mesures provisoires octroyées en application du paragraphe 2, pouvant être accordées à un liquidateur en vertu de la loi de la juridiction dans laquelle la procédure étrangère a été ouverte, à condition que ces mesures ne soient pas interdites par les lois [du présent État] ni incompatibles avec ces lois [, y compris, sans limitation, les actions en nullité, annulabilité ou inexécutabilité d'actes juridiques préjudiciables à tous les créanciers pouvant être intentées en vertu des lois du présent État [ou en vertu de la loi de la juridiction dans laquelle la procédure étrangère a été ouverte],], [sous réserve dans tous les cas :

- i) des exigences de procédure du tribunal, et
- ii) de la protection des créanciers [locaux] contre tout préjudice ou inconvénient injustifié];

f) autorise les tribunaux de l'État à coopérer avec le tribunal étranger ayant ouvert la procédure étrangère, conformément à l'article 11.

2. Lorsqu'il est approprié de protéger les biens ou les intérêts des créanciers, des mesures provisoires peuvent être accordées sur la demande d'un représentant étranger. A moins que le tribunal ou l'autorité n'en décide autrement, une ordonnance de mesures provisoires continue de produire ses effets tant que le tribunal n'a pas pris une décision sur la demande de reconnaissance de la procédure étrangère.

3. Le jugement ouvrant la procédure étrangère qui émane d'un État [visé à l'article 6-1 (variante C)] dans lequel est situé le centre des intérêts principaux du débiteur ["procédure principale"] produit les mêmes effets qu'en vertu de la loi de l'État d'ouverture de la procédure [, à l'exception...], et dans la mesure où aucune procédure visée à l'article 18-1 (variante B) (option I) n'est ouverte dans le présent État.]

Notes

1. Lors de la session précédente, le Groupe de travail a examiné les "effets", dénommés dans le texte "mesures", que pourrait produire la reconnaissance d'une procédure étrangère (A/CN.9/419, par. 46 à 69, et 134 à 177). Le projet d'article 7 se fonde pour l'essentiel sur l'approche et la formulation élaborées par le Groupe de travail à ce stade de ses délibérations (A/CN.9/415, par. 134), des modifications ayant été apportées pour tenir compte des observations faites sur la version antérieure.

2. Lorsqu'il examinera les effets de la reconnaissance, le Groupe de travail voudra peut-être se concentrer en particulier sur la mesure dans laquelle - et la manière dont - les dispositions types pourront établir une distinction entre les effets de la reconnaissance d'une procédure étrangère "principale", d'une part, et d'une procédure étrangère "secondaire", d'autre part. On peut concevoir que certains États adopteront des dispositions générales sur la coopération et la coordination avec les tribunaux et procédures étrangers, sans adopter de règles générales sur la manière de classer les procédures ouvertes dans d'autres pays comme "principales" ou "secondaires". Toutefois, d'autres États attacheront une importance particulière à cette distinction et pourront différencier les effets de la reconnaissance sur la base de cette distinction.

3. Le "menu d'options" à élaborer devrait sans doute tenter de prendre en compte les préférences des États à ce propos. C'est pourquoi les mots figurant au début du paragraphe 1 ("Aux fins de l'assistance à une procédure étrangère") indiquent que les mesures visées à ce paragraphe englobent, sans y être nécessairement limitées, les mesures de caractère "accessoire" visant à assister une procédure étrangère. Pour l'État qui souhaiterait aller plus loin et adopter des règles sur les effets additionnels, sur son territoire, de l'ouverture d'une procédure étrangère "principale" reconnue, il y a le paragraphe 3, qui se fonde sur l'article 17-1 de la Convention de l'Union européenne.

4. Le Groupe de travail voudra peut-être étudier plus avant si la suspension des actions collectives devrait être automatique dès la reconnaissance d'une procédure étrangère. A la session précédente, le débat a abouti à une approche exemptant les procédures collectives, dans l'État adoptant les dispositions, d'une suspension automatique, bien qu'une suspension puisse être demandée au tribunal en application du paragraphe 1 e). Selon une approche qui ressort de l'exemption présentée dans une "option I", on pourrait simplement laisser le texte

tel quel. Les États qui ne retiendraient pas l'option I adopteraient donc une suspension automatique englobant les procédures collectives. Une autre approche pourrait consister à suspendre les procédures collectives si la procédure étrangère est la procédure "principale" conformément au paragraphe 3 de l'article.

5. L'option II, qui a été incluse au paragraphe 1 *a*) i), prévoit une exclusion de la suspension automatique en vertu du paragraphe 1 pour ce qui est des créances de créanciers nantis; en effet, certaines juridictions exemptent de telles créances des procédures d'insolvabilité (A/CN.9/419, par. 137). Référence est faite dans le projet d'option II aux droits réels, ce qui pose la question de savoir si l'exemption doit être libellée en termes plus larges que les "créances assorties de sûreté". Une autre solution serait de disposer qu'une procédure étrangère principale produira ses effets sur les créanciers nantis dans la mesure prévue par la législation de l'insolvabilité de l'État adoptant les dispositions types.

6. Conformément à une suggestion faite par la session précédente, référence est faite au paragraphe 1 *a*) ii) à l'exemption de la suspension pour les transferts effectués "dans le cours normal des activités" (A/CN.9/419, par. 143). Le Groupe de travail voudra peut-être étudier si une telle exemption pourra être jugée contraire à la nécessité d'éviter les incertitudes juridiques, tout en tenant compte de la nécessité de protéger les acquisitions de bonne foi. La référence à l'exemption des transferts destinée à conclure des opérations financières en cours est une question distincte, qui est soumise ici à l'examen du Groupe de travail. Une question connexe se pose à ce propos : on peut estimer que, du moins dans certains contextes régis par les dispositions types, le champ d'application de la suspension et sa mise en œuvre pourront être déterminés par la loi de la procédure étrangère principale.

7. L'option III a été incluse pour faciliter l'examen par le Groupe de travail de la question de savoir si une exception spécifique à la suspension doit être prévue pour les actes de caractère policier ou réglementaire. On pourrait sans doute également considérer que de tels actes sont régis par la disposition-cadre sur l'ordre public (art. 6-2).

8. Une référence avait été ajoutée, dans le chapeau de l'alinéa *a*), à la possibilité que la suspension, prévue à l'alinéa i), des actions individuelles en recouvrement de créances soit écartée pour des motifs d'ordre public. Cette suggestion avait suscité des avis divers et le Groupe de travail avait décidé d'y revenir (A/CN.9/419, par. 139 à 143); toutefois, cette exception ne figure pas ici, étant donné la présence d'une disposition-cadre relative à l'ordre public (art. 6-2).

9. Une référence expresse a été ajoutée, dans le paragraphe 1 *b*), à la nécessité pour le représentant étranger d'obtenir une décision des tribunaux pour exiger des témoignages et d'autres formes d'informations sur le débiteur (A/CN.9/419, par. 145). Une référence similaire a été ajoutée au paragraphe 1 *c*), car il ne semblerait pas justifié d'exiger une décision des tribunaux pour autoriser le représentant étranger à recueillir des informations et de ne pas exiger une telle décision pour la prise en charge des biens. Toutefois, le Groupe de travail voudra peut-être étudier si l'exigence d'une décision expresse des tribunaux sera nécessaire, du moins pour ce qui est de la collecte d'informations.

10. Une référence a été ajoutée, dans le paragraphe 1 *e*), à la possibilité d'obtenir, dans le cadre des mesures additionnelles disponibles lors de la reconnaissance, l'annulation de transferts préférentiels. On se rappellera qu'à la session précédente on avait hésité à traiter de la question de l'annulation de ces transferts et des questions connexes liées au choix de la loi applicable. Le Groupe de travail voudra peut-être réexaminer cette question à un stade approprié (A/CN.9/419/par. 59 et 151), notamment parce qu'il s'agit là d'une question pour laquelle il pourrait être jugé souhaitable d'énoncer une règle sur le choix de la loi.

11. Le Groupe de travail voudra peut-être envisager d'éviter la répétition, à l'alinéa *e*), de la référence à la prise en compte par le tribunal de ses règles de procédure applicables et de la protection des créanciers locaux. On pourra juger que le tribunal tiendra compte de ces facteurs en application de la disposition sur l'ordre public, ou le fera de toute façon, sans qu'il soit nécessaire de le mentionner ici.

12. Le paragraphe 3 serait une des dispositions optionnelles, de même que l'article 18-1 (variante B) (option I), pour les États qui choisiront un régime de reconnaissance automatique des procédures étrangères en distinguant

expressément les effets de la reconnaissance des procédures ouvertes dans la juridiction où est situé le centre des intérêts principaux du débiteur ("procédure principale"). Une telle approche s'inspire des articles 3 et 17 de la Convention de l'Union européenne, qui donnent compétence aux États pour ouvrir une procédure principale sur la base de l'emplacement du centre des intérêts principaux du débiteur et fondent la compétence pour l'ouverture d'une procédure secondaire sur la présence de biens du débiteur.

* * *

Article 8. *Modification et expiration des mesures accordées*

Les mesures accordées en application de l'article 6-1 continuent de produire leurs effets jusqu'à ce que le tribunal compétent les modifie ou y mette fin, [ou jusqu'à leur expiration conformément aux lois [du présent État]].

Notes

À la fin de la session précédente, on avait soulevé la question d'un mécanisme éventuel pour modifier les mesures provisoires ou y mettre fin (A/CN.9/419, par. 192). Auparavant, une disposition similaire à la disposition ci-dessus avait été proposée, faisant apparemment référence aux mesures accordées en vertu de l'article 6-1 ("mesures non provisoires" ou "liste minimum"). Le Groupe de travail voudra peut-être réexaminer la suggestion relative à la modification et à l'expiration des mesures provisoires, compte tenu, toutefois, du fait que, dans une certaine mesure, ces questions seront peut-être traitées par la loi et les procédures nationales.

* * *

Article 9. *Notification des créanciers*

[Outre les exigences en matière de notification en vertu des lois du présent État,] le tribunal peut ordonner aux représentants étrangers demandant la reconnaissance d'une procédure étrangère et sollicitant des mesures en vertu de l'article 7 d'aviser les créanciers de la manière que le tribunal jugera appropriée.

Notes

1. Cette disposition sur la notification a pour objet d'énoncer de manière souple que les créanciers doivent être avisés des mesures ayant des incidences sur eux du fait de la reconnaissance; le moment, la teneur et les destinataires de la notification seraient déterminés par le tribunal local, conformément à la loi et aux procédures applicables; on s'est ainsi efforcé d'éviter de superposer les dispositions types relatives aux procédures de notification à celles qui seraient de toute façon ordonnées par le tribunal ou qui seraient requises par la loi applicable. Cette disposition remplace également la référence à la notification qui figurait dans la version antérieure de l'article 7, concernant l'octroi de mesures provisoires.

2. Du fait de la relation entre le présent texte et les exigences en matière de notification découlant de la loi nationale, il semblerait utile de souligner, dans un guide pour l'incorporation des dispositions types, que l'État adoptant ces dispositions devrait envisager de modifier ses règles de procédure dans la mesure nécessaire pour mettre en œuvre des dispositions types. Le Groupe de travail voudra peut-être, à un moment donné de ses délibérations, envisager sur quels domaines ces modifications devraient porter.

3. Une autre question devra être tranchée : faut-il inclure dans les dispositions types une règle exigeant des administrateurs nommés dans une procédure d'insolvabilité ouverte dans l'État adoptant les dispositions types qu'ils avisent les créanciers dans d'autres juridictions. On trouve une telle disposition à l'article 17-2.

4. On se rappellera qu'à la session précédente il a été fait mention d'une éventuelle obligation de notification relative à la fin de la procédure étrangère (A/CN.9/419, par. 170). Le Groupe de travail voudra peut-être réexaminer cette question.

* * *

Article 10. *Exécution d'obligations au profit du débiteur*

1. Lorsqu'une obligation a été honorée dans le présent État au bénéfice d'un débiteur soumis à une procédure étrangère reconnue conformément à l'article 6, alors qu'elle aurait dû être honorée au bénéfice du représentant étranger conformément aux mesures accordées audit représentant lors de la reconnaissance, la personne ayant honoré cette obligation est réputée s'être libérée si elle n'avait pas connaissance de la procédure étrangère.

2. Lorsqu'une obligation visée au paragraphe 1 est honorée avant qu'il y ait eu notification conformément à l'article 9, la personne ayant honoré l'obligation est présumée, sauf preuve contraire, ne pas avoir eu connaissance de la procédure étrangère; lorsque l'obligation est honorée après notification, la personne ayant honoré l'obligation est présumée, sauf preuve contraire, avoir eu connaissance de la procédure étrangère.

Notes

Le projet d'article 10 a été inclus parce qu'il avait été suggéré de traiter de la question du paiement des dettes dues au débiteur (A/CN.9/419, par. 192). Cette disposition s'inspire de l'article 24 de la Convention de l'Union européenne. Le Groupe de travail voudra peut-être étudier s'il faudrait y inclure d'autres éléments, compte tenu du champ d'application limité de l'instrument à élaborer.

* * *

CHAPITRE III. COOPÉRATION JUDICIAIRE

Article 11. *Autorisation de la coopération judiciaire*

1. Les tribunaux du présent État et les administrateurs nommés dans le présent État coopèrent dans toute la mesure possible avec les tribunaux ou autorités administratives étrangers et avec les représentants étrangers des procédures étrangères reconnues conformément à l'article 5, [compte tenu dans tous les cas des règles de procédure du tribunal et de la protection des créanciers [locaux] contre tout préjudice ou inconvénient injustifié].

2. La coopération peut être assurée par des mesures appropriées, notamment :

a) la nomination d'un administrateur ou d'un représentant chargé d'agir sur les instructions du tribunal;

b) la communication d'informations [, par tout moyen jugé approprié par le tribunal,] et la coordination de l'administration et de la supervision des biens et des affaires du débiteur, notamment par l'approbation et la mise en œuvre par le tribunal de mesures relatives à la coordination des procédures avec les procédures étrangères dans le présent État;

c) [... le présent État voudra peut-être énumérer des formes additionnelles de coopération, ou des exemples de coopération]

3. Les tribunaux du présent État peuvent demander aux tribunaux étrangers ou aux autorités administratives étrangères compétentes une assistance pour toute question relative à une [procédure d'] insolvabilité dans le présent État.

Notes

1. L'article 11 se veut une disposition générale d'habilitation, autorisant les tribunaux ou d'autres autorités administratives compétentes de l'État adoptant les dispositions types à coopérer avec les tribunaux étrangers dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité. Il a pour objet de traiter de ce qui est considéré comme un des principaux obstacles à la coopération judiciaire dans les cas d'insolvabilité transnationale, à savoir le fait que, dans de nombreuses juridictions, les juges ne sont pas habilités à coopérer (A/CN.9/398, par. 6; A/CN.9/413, par. 14; A/CN.9/419, par. 119).

2. Lors de la session précédente, le Groupe de travail a débattu d'un projet de disposition sur la coopération judiciaire dans le cadre de son examen du phénomène de la pluralité des procédures d'insolvabilité (A/CN.9/419, par. 75 et 76, et 118 à 124). Dans le projet actuel, cette disposition figure dans un chapitre distinct, afin qu'il apparaisse qu'elle est applicable dans divers contextes, conformément à l'avis qui s'est dégagé lors de la session précédente (A/CN.9/419, par. 120 et 121). Ces contextes sont les suivants : fourniture d'une assistance à une procédure étrangère par le biais d'une "procédure connexe", et procédures d'insolvabilités parallèles. Cette dernière catégorie englobe le cas d'une procédure étrangère "principale" et d'une procédure "secondaire" dans l'État adoptant les dispositions types, et le cas où une juridiction étrangère et l'État adoptant les dispositions types ouvrent tous deux une procédure qu'ils considèrent comme principale.

3. Le Groupe de travail voudra peut-être étudier si la référence à la conformité aux exigences de procédure du tribunal et à la protection des créanciers est nécessaire au paragraphe 1, car on pourra considérer que ces éléments, soit découlent de la règle générale relative à l'ordre public (art. 6-2 pour ce qui est de la protection des créanciers locaux), soit seront appliqués dans tous les cas par le tribunal (pour ce qui est des exigences de procédure). On pourra également étudier si, pour ce qui est de la protection des créanciers, il faudrait ne faire référence qu'à la protection des créanciers locaux.

4. Le paragraphe 2 a été inclus pour rendre plus descriptive la disposition sur la coopération judiciaire (A/CN.9/419, par. 122 et 123), de manière à donner des orientations plus précises aux tribunaux quant aux formes de coopération envisagées. Le Groupe de travail voudra peut-être étudier s'il serait bon d'inclure d'autres formes de coopération dans la liste indicative (par exemple, approbation de protocoles spéciaux), tout en donnant aux États la possibilité d'énumérer d'autres formes de coopération si cela est jugé utile pour les juges.

* * *

CHAPITRE IV. ACCÈS DES REPRÉSENTANTS ET CRÉANCIERS ÉTRANGERS AUX TRIBUNAUX

Article 12. *Demande de reconnaissance d'une procédure étrangère*

Un représentant étranger peut demander directement la reconnaissance d'une procédure étrangère, ainsi que des mesures provisoires et d'autres formes de mesures au tribunal visé à l'article 4.

Notes

1. Le chapitre IV traite de certains aspects de procédures liés à la reconnaissance d'une procédure étrangère, ainsi que de la question plus générale de l'accès des représentants et des créanciers étrangers aux mécanismes ordinaires de traitement de l'insolvabilité dans l'État adoptant les dispositions types. Ces aspects de procédure englobent non seulement l'accès direct du représentant étranger au tribunal compétent, mais aussi les questions liées à la preuve requise de la procédure étrangère (art. 13) et la possibilité d'une "comparution limitée" du représentant étranger (art. 14).

2. L'article 12 découle de l'avis, exprimé au sein du Groupe de travail, selon lequel le représentant étranger devrait se voir accorder un accès direct au tribunal ou à l'autorité compétents, afin de demander la reconnaissance. Une telle approche, à la différence de la méthode consistant à exiger que la demande soit transmise par la voie diplomatique ou consulaire, est favorable à l'objectif fondamental, qui est de préserver les biens contre la dispersion et la dissimulation, lorsqu'il est essentiel que les procédures soient rapides et efficaces.

* * *

Article 13. *Preuve de la procédure étrangère*

1. Une demande de reconnaissance d'une procédure d'insolvabilité étrangère est soumise au tribunal accompagnée de la preuve de l'ouverture de la procédure et de la nomination du représentant étranger. Cette preuve peut prendre la forme d'une copie certifiée de la décision ou des décisions d'ouverture de la procédure étrangère et de nomination du représentant étranger ou, en l'absence d'une telle preuve, toute autre forme requise par le tribunal. Aucune légalisation ou formalité similaire n'est requise.
2. La traduction des documents visés au paragraphe 1 dans une langue officielle du présent État peut être requise.
- [3. Une procédure étrangère est présumée avoir été ouverte comme il convient dans la juridiction étrangère, à moins qu'il ne soit prouvé qu'il n'y avait pas de lien substantiel entre le débiteur et cette juridiction.]

Notes

1. La disposition ci-dessus tient compte des avis généralement exprimés lors de la session précédente quant à la preuve pouvant être requise à propos de la nomination du représentant étranger et de l'ouverture de la procédure étrangère (A/AC.9/419, par. 36 à 38, 113, et 178 à 184).
2. Dans le projet de texte examiné à la session précédente (A/CN.9/419, par. 178 et suiv.), il avait été décidé de laisser entre crochets, pour examen ultérieur, la référence à une présomption de l'ouverture appropriée de la procédure étrangère, en fonction de la compétence du tribunal étranger. Cette présomption figure maintenant en tant qu'option offrant un critère fondé sur la compétence pour la reconnaissance des procédures étrangères (voir art. 6-1, variante A).

* * *

Article 14. *Comparution limitée*

La comparution d'un représentant étranger devant un tribunal du présent État dans le cadre d'une demande présentée conformément aux dispositions de la présente Loi ne soumet pas le représentant étranger à la juridiction des tribunaux de l'État à toute autre fin, mais un tribunal accordant des mesures au représentant étranger peut subordonner l'octroi de ces mesures à l'exécution par le représentant étranger des ordres du tribunal.

Notes

Une disposition de cet ordre avait été proposée lors de la session précédente (A/CN.9/419, par. 192). Elle peut être considérée comme l'une des fondations importantes de l'accès du représentant étranger, qui pourra ainsi demander une assistance aux tribunaux sans s'exposer, non plus que les biens de l'insolvable sous son contrôle, à la pleine juridiction du tribunal. On trouve une telle disposition dans la Section 5 du MIICA et dans des lois nationales relatives à la coopération transnationale.

* * *

Article 15. *Demandes adressées à un tribunal non compétent*

Si le tribunal auquel la demande de reconnaissance est adressée n'est pas le tribunal compétent, [la demande est transmise sans retard au tribunal compétent] [le tribunal oriente le représentant étranger vers le tribunal compétent].

Notes

Le Groupe de travail voudra peut-être étudier s'il serait utile d'inclure une disposition de cet ordre, fondée sur l'article 6 de la Convention de La Haye sur l'obtention de preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale.

* * *

Article 16. Ouverture d'une procédure d'insolvabilité par le représentant étranger

Un représentant étranger est habilité à entamer une procédure d'insolvabilité dans le présent État [si les conditions d'ouverture d'une telle procédure en vertu des lois du présent État sont réunies].

Notes

1. L'article 16 établit le droit du représentant étranger d'entamer une procédure d'insolvabilité conformément aux lois nationales applicables de l'État adoptant les dispositions types. Ce droit peut constituer un ajout important aux dispositions sur les mesures d'assistance connexes, notamment si l'acceptation effective d'une demande d'ouverture d'une procédure connexe et de mesures d'assistance est à la discrétion du tribunal. Les dispositions de l'article 16 peuvent être applicables, que le représentant étranger ait demandé ou non, ou se soit vu accorder ou non, la reconnaissance et les mesures prévues au chapitre II.

2. Le Groupe de travail voudra peut-être étudier si l'existence de la procédure étrangère est suffisante pour permettre l'ouverture d'une procédure nationale, que les conditions d'ouverture d'une procédure en vertu des lois de l'État adoptant les dispositions types soient réunies ou non. (Voir à cet égard la règle proposée à l'article 18-2, selon laquelle la reconnaissance d'une procédure étrangère constitue la preuve que le débiteur est insolvable aux fins de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dans l'État adoptant les dispositions types.)

* * *

Article 17. Accès des créanciers étrangers à la procédure d'insolvabilité dans le présent État

1. Tout créancier, qu'il soit ou non [habituellement] résident ou domicilié dans le présent État, ou qu'il y ait son siège statutaire[, y compris les autorités fiscales et les organismes de sécurité sociale étrangers,] a le droit de produire ses créances dans le cadre de la procédure d'insolvabilité dans le présent État, [dans la même mesure et de la même manière que les autres créanciers de même rang,] conformément aux lois du présent État.

2. Dès que la procédure d'insolvabilité est ouverte dans le présent État, [le tribunal] [l'administrateur] fait immédiatement aviser de l'ouverture de la procédure les créanciers connus qui ne sont pas [habituellement] résidents ou domiciliés dans l'État ou qui n'y ont pas leur siège statutaire. La notification prévoit [un délai minimum raisonnable] dans lequel un tel créancier peut produire ses créances.

3. La notification [est conforme aux exigences en la matière des lois du présent État] [comprend les éléments suivants :

a) indication des délais à observer et du lieu dans lequel les créances peuvent être produites, ainsi que des sanctions frappant le non-respect de ces exigences;

b) indication du point de savoir si les créanciers dont la créance est assortie d'une sûreté doivent produire leur créance;

c) toute autre information requise pour les notifications aux créanciers conformément aux lois du présent État et aux ordonnances du tribunal.]

Notes

1. L'objet du paragraphe 1 de l'article 17 est d'établir le droit des créanciers étrangers tant d'entamer la procédure d'insolvabilité dans l'État adoptant les dispositions types que d'y participer. Les exigences de la loi nationale devront être satisfaites pour ce qui est de l'ouverture de la procédure et de la production des créances, car la disposition a pour objet d'établir le principe de la non-discrimination.

2. Il a été proposé, lors de la conclusion de la session précédente, que l'on envisage de reconnaître les créances des gouvernements étrangers, y compris les créances du Trésor (A/CN.9/419, par. 192). Le texte ci-dessus traite de ce point, afin d'inviter le Groupe de travail à l'examiner.

3. Le paragraphe 2 établit l'obligation d'aviser les créanciers étrangers connus dès l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dans l'État adoptant les dispositions types. Une telle disposition peut venir s'ajouter aux dispositions de base sur l'accès et la reconnaissance et la coopération judiciaire, en tant que moyen additionnel de traiter des affaires d'insolvabilité transnationales, notamment lorsque l'internationalité découle de la présence de créanciers hors de l'État d'origine du débiteur. Elle permettra peut-être de traiter d'un problème dont il a été fait état, à savoir le fait que les créanciers ne sont informés que tardivement, lorsqu'ils le sont, de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dans un autre pays (A/CN.9/WG.V/WP.42, par. 102; A/CN.9/419, par. 84). On trouvera des dispositions similaires à l'article 40 de la Convention de l'Union européenne et à l'article 30 de la Convention d'Istanbul. Parmi les autres aspects de la question de l'information des créanciers dans un contexte transnational, il faut citer également la langue et la forme des notifications aux créanciers étrangers car, si ces derniers n'en ont pas une bonne connaissance, la valeur des notifications s'en trouvera réduite.

4. Deux approches possibles sont proposées au paragraphe 3 quant à la teneur de la notification aux créanciers étrangers. La première prévoit l'extension aux notifications étrangères des exigences relatives aux notifications nationales. La deuxième consiste en l'énumération de certains éléments particuliers devant figurer dans la notification étrangère, référence étant faite à l'inclusion d'autres éléments d'information requis dans les notifications nationales. S'il est décidé d'adopter la seconde approche, le Groupe de travail voudra peut-être étudier s'il faudrait ajouter d'autres éléments à la liste (par exemple, la langue dans laquelle les créances doivent être produites).

* * *

CHAPITRE V. PROCÉDURES PARALLÈLES

Article 18. *Procédures parallèles*

VARIANTE A

1. Sous réserve des dispositions de l'article 5-1 e), la reconnaissance d'une procédure d'insolvabilité étrangère n'a pas d'effets sur l'ouverture ou la poursuite d'une procédure d'insolvabilité en vertu des lois du présent État.

VARIANTE B

1. Lorsqu'une procédure d'insolvabilité a été ouverte dans une juridiction étrangère dans laquelle le débiteur a [le centre de ses intérêts principaux] [son domicile], les tribunaux du présent État

OPTION I

n'ont compétence pour ouvrir une procédure d'insolvabilité contre le débiteur que si ce dernier a [un établissement] [ou] [des biens] dans le présent État[, et les effets de cette procédure sont limités [à l'établissement] [ou] [aux biens] du débiteur situés sur le territoire du présent État].

OPTION II

[peuvent limiter] [limitent] les pouvoirs de l'administrateur nommé dans le cadre de la procédure ouverte dans le présent État aux biens [et à l'établissement] du débiteur sur le territoire du présent État.

2. [La reconnaissance d'une procédure d'insolvabilité étrangère] [Une copie certifiée conforme d'un jugement d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité étrangère] atteste, aux fins de l'ouverture dans le présent État d'une procédure visée au paragraphe 1 et sauf preuve contraire, que le débiteur est insolvable.

3. L'administrateur et le représentant étranger coopèrent conformément aux ordres du tribunal et se communiquent promptement l'un à l'autre toute information pertinente pour l'autre procédure, notamment toutes les mesures ayant pour objet de mettre fin à une procédure.

Notes

1. Le chapitre IV offre aux États un certain nombre de dispositions ayant pour objet de traiter du cas où plus d'une procédure d'insolvabilité est ouverte à propos d'un même débiteur, et notamment de la question des effets que la reconnaissance aura sur la possibilité d'ouvrir également une procédure dans l'État de la reconnaissance. Comme il a été noté à la session précédente, les dispositions types n'ont pas pour objet d'empêcher les procédures parallèles ou multiples ni d'en réduire le nombre. L'intention n'est pas non plus d'inciter les États à établir une hiérarchie des procédures dans de tels cas (A/CN.9/419, par. 70 à 76). Les dispositions types pourraient plutôt proposer des modèles de règles de coordination, pour ce qui est tant de la répartition des compétences entre les États, pour les États qui souhaiteraient adopter de telles règles, que de la coopération et de la coordination entre les tribunaux et les administrateurs participant à des procédures d'insolvabilité parallèles dans des juridictions différentes.

2. Lors de la session précédente, le phénomène des procédures parallèles a été examiné, notamment du point de vue de la coopération judiciaire (A/CN.9/419, par. 76, et 118 à 124). Il a en outre été suggéré que l'on inclue des dispositions concernant l'interaction juridictionnelle de ces procédures. Dans le projet de texte proposé, les dispositions autorisant et décrivant la coopération judiciaire et celles qui traitent de la reconnaissance sont présentées séparément et ne font pas structurellement partie des dispositions sur les procédures parallèles, bien qu'elles soient applicables dans de tels cas. Cela contribuera peut-être à préciser que les dispositions sur la coopération judiciaire sont applicables, qu'il y ait ou non des procédures parallèles en tant que telles. Une telle structure facilitera sans doute l'incorporation des dispositions sur la coopération judiciaire et la reconnaissance dans les États qui ne souhaiteraient pas incorporer les dispositions sur les procédures parallèles.

3. Le titre "procédures parallèles" est utilisé de préférence au terme "procédures secondaires", afin que les règles types sur la coordination soient applicables et compréhensibles de manière aussi générale que possible, sans qu'il soit nécessaire dans chaque cas de déterminer laquelle des procédures parallèles est la procédure principale et laquelle est la procédure secondaire, car une telle distinction ne sera sans doute pas universelle, ou du moins pas uniforme. Dans le même temps, des options sont incluses, libellées de manière appropriée, pour les juridictions qui limitent leur propre compétence dans le cas de procédures étrangères ayant le statut de procédure principale si, par exemple, ces procédures étrangères sont ouvertes dans la juridiction où est situé le "centre des intérêts principaux" ou le "domicile" du débiteur (voir la variante B du paragraphe 1 du présent article).

4. Pour ce qui est de la répartition des compétences, on notera que, dans le document de travail précédent (A/CN.9/WG.V/WP.42) et lors du débat à la session précédente (A/CN.9/419, par. 70), on avait demandé quel effet la reconnaissance d'une procédure étrangère pourrait avoir sur le pouvoir d'ouvrir une procédure d'insolvabilité dans l'État de la reconnaissance et comment la procédure ouverte dans l'État de la reconnaissance pourrait être reliée à la procédure étrangère. L'une des méthodes appliquées dans certains régimes consiste à disposer que l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dans un État a la conséquence suivante : dans l'État de la reconnaissance, le tribunal n'a plus à déterminer si le débiteur est insolvable aux fins de l'ouverture d'une procédure dans ledit État (voir, par exemple, art. 16 de la Convention d'Istanbul; art. 27 de la Convention de l'Union européenne). On trouve une disposition de cet ordre au paragraphe 2 de l'article ci-dessus.

5. Une autre manière de relier entre elles des procédures parallèles est de disposer que le représentant étranger a le droit d'entamer une procédure d'insolvabilité dans l'État de la reconnaissance. Cette méthode est présentée dans le projet d'article 16.

6. La variante A donnerait une grande ampleur au droit d'entamer une procédure d'insolvabilité collective dans l'État de la reconnaissance, malgré la reconnaissance de la procédure étrangère. Elle se fonde sur le principe de la compétence simultanée. Une notion est étroitement liée à cette approche, et il pourrait également en être tenu compte dans les dispositions types; il s'agit du droit du représentant étranger d'ouvrir une procédure locale. Une telle approche serait également conforme au principe selon lequel il faut laisser à la législation locale des questions telles que la détermination de la procédure principale et de la procédure secondaire et le point de savoir si la procédure locale n'aura que des effets territoriaux ou ne pourra être ouverte que si le débiteur a un établissement dans l'État de la reconnaissance et si la simple présence de biens sur le territoire établit une compétence en la matière.

7. La variante B a pour objet de proposer aux États des options permettant une interaction plus étroite pour la répartition des compétences entre les juridictions. À ce propos, quatre systèmes possibles ont été présentés au Groupe de travail à la session précédente (A/CN.9/WG.V/WP.42, par. 87; voir également le débat à ce propos). On a tenté dans le présent projet de se concentrer sur les options relatives à la limitation de la compétence, dans un État adoptant les dispositions types, en cas de procédure étrangère considérée par lui comme la procédure principale, ainsi que sur les faits pouvant déclencher l'ouverture d'une procédure secondaire. Ces faits sont notamment la présence d'un établissement ou de biens du débiteur dans l'État adoptant les dispositions types (variante B, option I). Une approche un peu moins stricte, concernant la limitation de la compétence des tribunaux de l'État adoptant les dispositions types, est également présentée qui laisse à la discrétion du tribunal la possibilité de limiter les pouvoirs de l'administrateur en cas de procédure étrangère principale (variante B, option II).

8. Outre les liens possibles entre les procédures parallèles et les restrictions juridictionnelles dans l'État, peut-être liées au régime de la reconnaissance, qui sont présentés dans le projet d'article, certains États voudront peut-être prévoir d'autres types de liens entre les procédures parallèles et de restrictions. On citera en particulier la limitation du droit des créanciers, dans l'État de la reconnaissance, d'ouvrir une procédure "secondaire" lorsqu'une procédure étrangère "principale" a été ouverte, la restriction de l'accès des créanciers locaux au produit d'une procédure secondaire dans un tel contexte et les règles sur le transfert à la procédure principale des biens restants après le paiement des créances dans le cadre de la procédure secondaire. Le Groupe de travail voudra peut-être étudier s'il faudrait inclure des options à ce propos, sans outrepasser le champ d'application et les objectifs limités de l'instrument en cours d'élaboration.

9. Comme il est noté dans l'observation 4 ci-dessus, le paragraphe 2 établit un lien entre la procédure étrangère et la procédure d'insolvabilité pouvant être ouverte parallèlement dans l'État adoptant les dispositions types en énonçant la règle selon laquelle l'ouverture de la procédure étrangère libère le tribunal local de l'obligation d'examiner *de novo* la question de savoir si le débiteur est insolvable. Le Groupe de travail voudra peut-être étudier si, du moins en tant qu'option offerte aux États, le champ d'application de la règle énoncée au paragraphe 2 sur la présomption d'insolvabilité devrait être limité aux cas où la procédure étrangère est la procédure "principale". Une telle approche pourrait être associée à une interdiction d'apporter la preuve contraire, sous réserve de considérations d'ordre public.

* * *

Article 19. *Taux de paiement des créanciers*

Sans préjudice des [créances assorties de sûretés] [droits réels], un créancier ayant obtenu satisfaction partielle en ce qui concerne sa créance dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité ouverte dans un autre État ne peut prétendre à un dividende pour la même créance dans une autre procédure concernant le même débiteur dans le présent État, tant que le dividende attribué aux autres créanciers dans la procédure ouverte dans le présent État est inférieur au dividende qu'il a obtenu.

Notes

1. Comme il a été indiqué précédemment (A/CN.9/WG.V/WP.42, par. 43; A/CN.9/419, par. 192), le Groupe de travail voudra peut-être inclure une règle de ce type, aux termes de laquelle un créancier ayant obtenu

satisfaction partielle dans une procédure ne peut recevoir un dividende pour la même créance dans une autre procédure tant que les autres créanciers de même rang n'ont pas obtenu un dividende équivalent. Connus dans certains pays sous le nom de règle du "hotchpot", ce principe est également énoncé dans des instruments multilatéraux (par exemple, Convention d'Istanbul, art. 5; Convention de l'Union européenne, art. 20-2).

2. Le Groupe de travail voudra peut-être étudier si la "production croisée" de créances dans des procédures parallèles devrait être mentionnée comme autre moyen d'égaliser le taux de paiement des créanciers, ou si cette présentation croisée devrait être mentionnée séparément, en tant que méthode de coordination des procédures parallèles.

* * *

IV. FINANCEMENT PAR CESSIONS DE CRÉANCES

Rapport du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux sur les travaux de sa vingt-quatrième session (Vienne, 13-24 novembre 1995) (A/CN.9/420) [original : anglais]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION	1 - 11
I. DÉLIBÉRATIONS ET DÉCISIONS	12 - 13
II. EXAMEN DU PROJET DE RÈGLES UNIFORMES SUR LA CESSION DANS LE CADRE DU FINANCEMENT PAR CESSION DE CRÉANCES	14 - 201
A. Remarques générales	14 - 18
B. Champ d'application du projet de règles uniformes	19 - 32
C. Définitions	33 - 44
D. Cession globale	45 - 60
E. Clauses de non-cession	61 - 68
F. Transfert de sûretés	69 - 74
G. Forme de la cession	75 - 79
H. Garanties entre le cédant et le cessionnaire	80 - 88
I. Rupture du contrat de financement	89 - 97
J. Effets de la cession sur le débiteur	98 - 148
1. Obligation de paiement du débiteur	98 - 131
2. Exceptions du débiteur	132 - 135
3. Renonciation aux exceptions	136 - 144
4. Recouvrement d'avances	145 - 148
K. Effets de la cession sur des tiers	149 - 164
L. Cessions subséquentes	165 - 179
M. Cessions d'intérêts partiels ou indivis sur des créances	180 - 184
N. Questions de droit international privé	185 - 201
1. Remarques générales	185 - 187

2. Loi applicable à la relation entre le cédant et le cessionnaire	188 - 196
3. Loi applicable à la relation entre le cessionnaire et le débiteur	197 - 201
III. TRAVAUX FUTURS	202 - 204

INTRODUCTION

1. Lors de la présente session, le Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux a entrepris l'élaboration d'un projet de loi uniforme sur la cession dans le cadre du financement par cession de créances conformément à une décision prise par la Commission à sa vingt-huitième session (Vienne, 2-26 mai 1995)¹.

2. La décision de la Commission d'entreprendre des travaux sur la cession dans le cadre du financement par cession de créances répondait à des suggestions qui lui avaient été adressées, en particulier lors du Congrès de la CNUDCI sur le thème "Le droit commercial uniforme au XXIème siècle" (tenu parallèlement à la vingt-cinquième session, à New York, du 17 au 21 mai 1992). Une suggestion connexe faite lors de ce Congrès visait à inviter la Commission à reprendre ses travaux sur les sûretés en général, question dont elle avait décidé à sa treizième session, en 1980, de renvoyer l'examen à plus tard².

3. A sa vingt-sixième session, en 1993, la Commission a examiné une note du secrétariat relative à certains aspects juridiques de la cession de créances ainsi qu'aux travaux antérieurs et actuels sur la cession 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, à savoir : les divergences entre les lois nationales sur la validité des cessions de créances et les conditions différentes imposées pour qu'une cession de créances valide exerce ses effets envers le débiteur; les conflits de priorité entre le cessionnaire et toute autre personne invoquant un droit sur la créance cédée. La note proposait que soit faite une étude sur la portée possible de règles uniformes relatives à la cession de créances et sur les questions qui pourraient être traitées dans ces règles. A l'issue de cet examen, la Commission a demandé au secrétariat de réaliser, en consultation avec l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) et d'autres organisations internationales, une étude sur la faisabilité de travaux d'unification dans le domaine de la cession de créances³.

4. A sa vingt-septième session, en 1994, la Commission a été saisie d'un rapport sur les aspects juridiques du financement par cession de créances (A/CN.9/397), selon lequel 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, la "Convention sur l'affacturage"), 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 suffirait en outre, l'enregistrement international comme solution possible au problème des conflits de priorité. 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 grevant le matériel susceptible d'être déplacé d'un pays dans un autre et avec la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD), qui avait élaboré une Loi type relative aux opérations assorties de sûretés. A l'issue de l'examen de ce

¹Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 17 (A/50/17), par. 374 à 381.

²Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-cinquième session, Supplément n° 17 (A/35/17), par. 26 à 28, (Annuaire de la CNUDCI, vol. XI : 1980, première partie, II, A).

³Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-huitième session, Supplément n° 17 (A/48/17), par. 301.

rapport, la Commission a prié le secrétariat d'élaborer une nouvelle étude qui examinerait plus en détail les questions recensées et qui serait accompagnée d'un avant-projet de règles uniformes⁴.

5. Ce rapport plus détaillé a été présenté à la Commission à sa vingt-huitième session, en 1995. Il concluait qu'il serait à la fois souhaitable et possible que la Commission prépare un ensemble de règles uniformes destinées à éliminer les obstacles au financement par cession de créances créés par l'incertitude qui existait dans divers systèmes juridiques quant à la validité des cessions transfrontières (dans lesquelles le cédant, le cessionnaire et le débiteur ne sont pas dans le même pays) et aux effets de telles cessions sur le débiteur et sur d'autres tiers. La Commission a remercié le secrétariat d'avoir poursuivi sa coopération avec UNIDROIT, la Conférence de La Haye de droit international privé, la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD), la Banque internationale pour la reconstruction et le développement (BIRD) et, aux États-Unis d'Amérique, la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*. Après délibération, la Commission a décidé de confier au Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux le soin d'élaborer une loi uniforme sur la cession dans le cadre du financement par cession de créances.

6. Le Groupe de travail, qui se compose de tous les États membres de la Commission, a commencé ses travaux à sa vingt-quatrième session, qui s'est tenue à Vienne du 13 au 24 novembre 1995. Les États membres du Groupe de travail énumérés ci-après étaient représentés à la session : Algérie, Allemagne, Arabie saoudite, Argentine, Autriche, Chili, Chine, Equateur, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Finlande, France, Hongrie, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Mexique, Nigéria, Ouganda, Pologne, République slovaque, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Singapour, Thaïlande et Uruguay.

7. Ont assisté à la session les observateurs des États suivants : Bélarus, Bosnie-Herzégovine, Costa Rica, Croatie, Indonésie, Iraq, Paraguay, Philippines, République arabe syrienne, Slovénie, Suède, Suisse et Turquie.

8. Les organisations internationales suivantes étaient également représentées par des observateurs : Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD), Conférence de La Haye de droit international privé, Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT), Fédération bancaire de l'Union européenne, Federación Latinoamericana de Bancos (FELABAN) et Association internationale des assureurs-crédit.

9. Le Groupe de travail a élu le bureau ci-après :

Président : M. David Morán Bovio (Espagne)
Rapporteur : M. Masao Ikeda (Japon)

10. Le Groupe de travail était saisi des documents ci-après : ordre du jour provisoire (A/CN.9/WP.II/WP.85) et rapport du Secrétaire général sur la cession dans le cadre du financement par cession de créances (A/CN.9/412).

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

1. Élection du bureau.
2. Adoption de l'ordre du jour.
3. Elaboration d'une loi uniforme sur la cession dans le cadre du financement par cession de créances.
4. Questions diverses.
5. Adoption du rapport.

⁴*Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, Supplément n° 17 (A/49/17), par. 210.*

I. DÉLIBÉRATIONS ET DÉCISIONS

12. Le Groupe de travail a examiné la question de la cession dans le cadre du financement par cession de créances en se fondant sur le rapport établi par le Secrétaire général à ce sujet, qui contenait un avant-projet de règles uniformes sur certaines questions traitées dans le rapport ("le projet de règles uniformes", A/CN.9/412).

13. Les délibérations et conclusions du Groupe de travail, notamment en ce qui concerne le projet de règles uniformes, sont consignées ci-après.

II. EXAMEN DU PROJET DE RÈGLES UNIFORMES SUR LA CESSION DANS LE CADRE DU FINANCEMENT PAR CESSION DE CRÉANCES

A. Remarques générales

14. Le Groupe de travail a, dans un premier temps, débattu de l'importance commerciale et de l'objet des travaux qu'il entamait dans le domaine du financement par cession de créances, et a étudié certains des principes qui pourraient guider ces travaux.

15. Il a été noté que l'on prenait de plus en plus conscience de la nécessité d'élaborer un cadre juridique international acceptable pour le financement par cession de créances. L'environnement juridique actuel, a-t-on indiqué, était marqué par les divergences entre les systèmes juridiques et, de ce fait, les cessions transfrontières (dans lesquelles le cédant, le cessionnaire et le débiteur n'étaient pas dans le même pays) ne pouvaient parfois pas être invoquées contre le débiteur ou pouvaient être contestées par les créanciers du cédant. Il a été noté que l'absence, au niveau national, d'une législation moderne sur la cession des créances axée sur les besoins du commerce international, de même que l'absence, dans une large mesure, de traités sur la question, constituaient maintenant un des principaux obstacles au financement par cession de créances. Cette situation avait notamment des effets néfastes sur les parties commerciales n'ayant qu'un accès limité aux sources potentielles de financement autres que celles fondées sur les créances.

16. Pour ce qui est des grands objectifs et principes qui pourraient orienter les travaux en cours, le Groupe de travail a été instamment prié de s'efforcer d'élaborer un texte juridique qui ait pour effet d'améliorer l'offre de financement. Il a été noté que, pour ce qui est de la teneur et des orientations de ce texte, il faudrait tenir compte de l'évolution de la pratique commerciale internationale, et non se fonder sur une perspective nationale particulière. On a fait observer que l'on pourrait promouvoir ces objectifs en facilitant le "financement secondaire" ou le "refinancement" de créances, type d'opération faisant également intervenir une cession, entre le cessionnaire initial et un cessionnaire ultérieur, qui risquait lui aussi d'être inopérant dans un contexte transnational.

17. Un autre principe a fait l'objet d'un large consensus durant le débat : s'il fallait s'efforcer d'aller au-delà de ce qui avait déjà été accompli dans ce domaine à l'échelon international, il était souhaitable de se baser sur ces réalisations, plutôt que de tenter de les supplanter.

18. A ce propos, l'attention du Groupe de travail a été appelée en particulier sur la Convention sur l'affacturage. On a également souligné qu'il importait de tenir compte des travaux entrepris actuellement par UNIDROIT sur les sûretés grevant le matériel susceptible d'être déplacé d'un pays dans un autre, par la Banque internationale pour la reconstruction et le développement (BIRD), qui participe à plusieurs projets de réforme des lois nationales dans le domaine des opérations assorties de sûreté et par la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD), qui a établi une Loi type sur les opérations assorties de sûreté.

B. Champ d'application du projet de règles uniformes

19. Le Groupe de travail a entrepris d'examiner le champ d'application du projet de règles uniformes, sur la base d'un projet d'article libellé comme suit :

"Projet d'article premier. *Champ d'application*"

1. Les présentes règles s'appliquent à la cession de créances à des fins [commerciales] [de financement] entre un cédant et un ou plusieurs débiteurs dont les établissements sont situés dans des États différents :

- a) lorsque les États [sont des États contractants] [ont adopté les présentes règles]; ou
- b) lorsque les règles du droit international privé conduisent à l'application de la loi [d'un État contractant] [du présent].

2. Aux fins de la présente [Convention] [loi] :

- a) si une partie a plus d'un établissement, l'établissement à prendre en considération est celui qui a la relation la plus étroite avec [le contrat donnant lieu aux créances] [la cession] et son exécution, compte tenu des circonstances connues des parties ou envisagées par elles à tout moment avant la [conclusion du contrat] [cession] ou lors de la [conclusion du contrat] [cession];
- b) si une partie n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu."

Paragraphe 1

Champ d'application quant au fond : "fins commerciales" ou "fins de financement"

20. Le Groupe de travail a procédé à un échange de vues sur le point de savoir si, pour limiter le champ d'application des règles uniformes, il fallait faire référence à des fins "commerciales" ou à des fins "de financement".

21. Selon un avis, il faudrait axer le projet de règles uniformes sur les cessions effectuées à des fins "de financement", plutôt que de faire référence à la notion plus vaste de fins "commerciales". Cette approche était souhaitable, afin d'éviter tout double emploi avec la Convention sur l'affacturage. Il a été déclaré qu'en faisant référence aux cessions à des fins "de financement", on réduirait les risques de chevauchement, étant donné que la Convention sur l'affacturage n'englobait les cessions à des fins de financement que si une fonction additionnelle, parmi celles qui étaient énumérées à l'article 1-2 b) de la Convention (c'est-à-dire la tenue des comptes relatifs aux créances, l'encaissement de créances ou la protection contre la défaillance des débiteurs), était prise en charge par le cessionnaire.

22. Pour ce qui est de la définition des fins "de financement", diverses suggestions ont été faites. Selon un avis, il faudrait énoncer les caractéristiques des opérations de financement par cession de créances, tout en donnant une liste indicative des cessions qui devraient être incluses. Selon un autre avis, il fallait présumer, sauf preuve contraire, que toutes les cessions étaient à des fins de financement et, dans le même temps, énumérer certains types de cession qui devraient être exclus. Selon un autre avis encore, il fallait simplement faire référence au contrat de financement, comme c'était le cas dans le projet d'article 2-2, sans spécifier plus avant la nature du contrat. Il a été déclaré qu'une telle formulation souple était essentielle afin de préserver l'autonomie des parties dans le contexte du financement par cession de créances dont l'utilité, comme il ressortait de son développement rapide, tenait dans une large mesure à la possibilité qu'avaient les parties de modifier les détails des cessions en fonction de leurs besoins.

23. Diverses suggestions ont été faites à propos de la manière d'éviter tout chevauchement entre le projet de règles uniformes et la Convention sur l'affacturage. Selon une suggestion, il fallait disposer que le projet de règles uniformes ne s'appliquait pas aux opérations d'affacturage. On a objecté que cette approche était si large qu'elle écarterait du champ d'application des règles certains types d'opérations d'affacturage et des questions liées à l'affacturage qui n'étaient pas régis par la Convention sur l'affacturage, ainsi que toutes les opérations d'affacturage intéressant les États non parties à la Convention. Selon une autre suggestion, si le texte à établir

prenait la forme d'une convention, on pourrait inclure une disposition similaire à l'article 21 de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome, 1980; "La Convention de Rome"), aux termes de laquelle la Convention ne porterait pas atteinte à l'application des conventions internationales auxquelles un État contractant était ou serait partie.

24. Selon un autre avis, l'application du projet de règles uniformes devrait être circonscrit aux cessions effectuées à des fins "commerciales". Une telle approche présenterait l'avantage d'englober un plus large éventail de cessions. Il a été noté qu'ainsi, seules les cessions effectuées à des fins personnelles, familiales ou domestiques seraient exclues du champ d'application du projet de règles uniformes. Durant le débat, l'attention du Groupe de travail a été appelée sur la nécessité d'établir une distinction entre les cessions à des fins de consommation, qui seraient sans doute exclues, et les cessions à des fins commerciales de créances de consommateurs. A ce propos, on a noté qu'il fallait faire preuve de prudence pour ce qui est de la cession de créances de consommateurs, même si elle était effectuée à des fins commerciales, étant donné les questions de politique sociale qui risqueraient d'entrer en jeu.

25. Selon un autre avis encore, dans un souci d'uniformité et afin de ne pas avoir à établir une distinction entre les notions de "fins commerciales" et "fins de financement", toutes les cessions devraient être englobées, ou - autre solution possible - les cessions effectuées à des fins "commerciales ou de financement". Il a aussi été suggéré que le projet de règles uniformes omette toute référence aux fins de la cession.

Critère d'internationalité

26. Le Groupe de travail est convenu que le projet de règles uniformes devrait porter sur les cessions tant internationales que nationales de "créances internationales", c'est-à-dire les cessions de créances entre un cédant et un débiteur dont les établissements sont situés dans des États différents. On a été en outre d'avis qu'il faudrait modifier le texte du paragraphe 1 de manière à y inclure, outre les cessions internationales ou nationales de créances internationales, les cessions internationales de créances nationales, c'est-à-dire les cessions intervenant entre un cédant et un cessionnaire qui ont leur établissement dans des États différents, alors que le cédant et le débiteur ont le leur dans le même État. A l'appui de cette suggestion, on a fait valoir que la cession internationale de créances nationales dans le cadre d'opérations de refinancement et de titrisation était une pratique de plus en plus courante, dont il fallait tenir compte.

27. Cette suggestion a suscité plusieurs préoccupations. C'est ainsi que, du seul fait de la décision du créancier national de céder ses créances à un cessionnaire étranger, le débiteur national pourrait se trouver soumis à un régime juridique différent. Ce résultat était particulièrement peu souhaitable si le débiteur était un consommateur, car se poserait alors le problème des incidences possibles du projet de règles uniformes sur les questions de protection du consommateur. On a fait observer par ailleurs que d'autres questions se posaient, qui, allant au-delà de celles qui concernaient la protection du consommateur, touchaient aux droits et à la protection du débiteur en général. A propos de ces questions, on a répondu que, pour le consommateur en tant que débiteur, le principal souci était de conserver sa possibilité de s'acquitter de son obligation à l'égard d'un créancier connu et d'opposer au cessionnaire, qu'il soit étranger ou national, les exceptions que le débiteur pouvait aussi faire valoir à l'encontre du cédant. On a fait observer que les questions de protection du débiteur, y compris, dans la mesure où elles seraient pertinentes, les questions de protection du consommateur, pourraient être traitées dans le cadre du projet d'article 4, qui porte sur les clauses de non-cession, et des projets d'articles 9 à 12, qui portent sur les questions liées à la protection du débiteur.

28. D'autres considérations ont été émises à propos de l'applicabilité du projet de règles uniformes aux créances nationales : on a notamment fait valoir que l'uniformité et l'harmonisation du droit risqueraient de souffrir si la cession de certaines créances nationales relevait de la loi nationale alors que d'autres seraient soumises à l'application du projet de règles uniformes, selon que le créancier national aurait décidé de céder ses créances à un créancier étranger et non à un créancier national. On s'est aussi inquiété des incidences que pourrait avoir une cession internationale sur la question de la monnaie de paiement d'une créance nationale et sur le contrôle des changes possible. De toute manière, ce problème se poserait en cas de cession internationale de créances internationales et pourrait être réglé si on prenait pour principe que la cession ne devrait pas avoir d'effet sur l'obligation du débiteur de payer.

29. Après discussion, le Groupe de travail a décidé qu'il faudrait traiter dans le projet des cessions nationales et internationales de créances internationales. A propos de la cession internationale des créances nationales, on est convenu qu'une disposition pourrait être établie, mais placée entre crochets, dans l'attente d'un examen plus approfondi, dès que les projets d'articles sur les questions de protection du débiteur auraient été examinés.

Champ d'application territorial

30. Il a été noté que le projet d'article premier, qui, sous sa forme actuelle, entraîne l'application du projet de règles uniformes aux cessions nationales et internationales de créances internationales, exige que le cédant et le débiteur aient leur établissement dans des États différents et que ces États aient adopté le projet de règles uniformes. Il a été noté que, si l'on acceptait la suggestion tendant à étendre, quant au fond, le champ d'application du projet de règles uniformes aux cessions internationales de créances nationales, à savoir les cessions entre parties (cédant et cessionnaire) dont l'établissement était situé dans des États différents, la question se poserait alors de savoir s'il serait nécessaire d'exiger que le cessionnaire ait son établissement dans un État ayant adopté le projet de règles uniformes. Selon un avis, cela ne serait pas nécessaire, car, dans un contexte transnational, seules la loi de l'État du débiteur et celle de l'État du cédant seraient applicables en matière d'exécution, car ce serait dans un de ces États que le cessionnaire chercherait à faire exécuter la cession.

31. Selon un avis, l'application du projet de règles uniformes en vertu des règles de droit international privé, visée au paragraphe 1 *b)* du projet d'article premier, pourrait être source d'incertitudes, car les règles de droit international privé relatives à la cession étaient elles-mêmes incertaines. Aussi a-t-il été suggéré de supprimer le paragraphe ou de le conserver entre crochets dans l'attente d'un examen plus approfondi.

Paragraphe 2

32. Pour ce qui est de la question des établissements à prendre en considération dans le cas d'une partie qui aurait plusieurs établissements, on a exprimé une certaine préférence pour celui qui a la relation la plus étroite avec la cession. Il a également été avancé que l'établissement ayant la relation la plus étroite avec le contrat initial et son exécution serait peut-être une base de référence plus appropriée. Il a toutefois été suggéré que le Groupe de travail réexamine cette question après avoir étudié de manière plus approfondie la question de savoir si l'on traiterait de la cession internationale de créances nationales.

C. Définitions

33. Le Groupe de travail a examiné un certain nombre de définitions à partir d'un projet d'article qui se lisait comme suit :

"Projet d'article 2. Définitions

1. Le terme "créance" désigne tout droit qu'a un créancier d'obtenir ou demander le paiement d'une somme d'argent, à moins que cette créance ne soit sous la forme d'une lettre de change ou d'un billet à ordre.
2. Le terme "cession de créances" désigne le transfert, par vente, à titre de garantie d'exécution d'une obligation, ou de toute autre manière, entre une partie (le "cédant") et une autre partie qui fournit un financement au cédant (le "cessionnaire"), de créances découlant d'un contrat (le "contrat initial") conclu entre le cédant et un tiers (le "débiteur").
3. Le terme "contrat de financement" désigne le contrat par lequel le cessionnaire fournit un financement au cédant."

Paragraphe 1. "Créance"

34. On a suggéré de remplacer, dans le texte anglais, le terme "*receivable*" par le terme "*claim*", qui se comprendrait peut-être mieux. Il a toutefois été jugé préférable de conserver le premier terme dans un souci de cohérence avec la terminologie de la Convention sur l'affacturage.

35. Le Groupe de travail est convenu que le droit au paiement était l'élément essentiel de la définition du terme "créance", mais plusieurs observations ont été faites à propos d'éléments détaillés de la définition. Une de ces observations tenait au fait que les mots "droit ... d'obtenir" risqueraient de ne pas être compris dans le sens où on le souhaitait. Une autre observation portait sur la référence à "un créancier" qui risquerait d'aboutir à l'exclusion de certains droits au paiement qui était prévu d'inclure dans le projet, par exemple, les paiements dus aux bailleurs de droits de propriété intellectuelle. On a aussi pensé qu'il serait nécessaire de préciser si la référence à une "somme d'argent" englobait les devises et les produits facilement monnayables, tels que les métaux précieux.

36. Des avis différents ont été exprimés quant aux catégories de créances à prendre en compte. D'une part, on a estimé que toutes les créances sous forme d'effets de commerce devraient être exclues, car leur transfert relevait d'autres textes internationaux. D'autre part, on a estimé que, si l'accent pourrait être mis sur les créances non documentaires, en revanche il ne faudrait pas exclure les créances documentaires de l'application du projet de règles uniformes.

37. A l'appui de cette approche plus large, on a fait valoir que la négociabilité était considérée, dans la pratique, non du point de vue de la forme de l'instrument, mais sous l'angle de la protection du cessionnaire, protection qui pourrait être assurée dans le cadre des travaux en cours sans nécessairement exclure tous les effets de commerce du champ d'application du texte à établir. En outre, on a fait observer que le recours au financement par cession de créances, quelle que soit leur forme (contractuelle ou unilatérale, documentaire ou non documentaire) était nécessaire dans la pratique, et qu'il faudrait en tenir compte. On a cité à cet égard l'exemple des opérations "d'entrepôt des hypothèques" dans lesquelles les documents incorporant les créances des prêteurs découlant de crédits immobiliers garantis par des hypothèques étaient regroupés et vendus par les prêteurs sur les marchés des capitaux aux fins de refinancement. Cela permettait aux prêteurs d'obtenir des taux d'intérêt plus faibles sur ces marchés et de faire un bénéfice tout en assortissant les prêts de taux d'intérêt plus faibles. On a expliqué en outre que les documents étaient centralisés dans un endroit où les acheteurs pouvaient en obtenir possession et qu'il devenait de plus en plus intéressant de remplacer les documents sur support papier par des documents électroniques, dont le transfert n'était régi par aucun texte juridique international. Toutefois, selon une opinion, des opérations telles que "l'entrepôt des hypothèques" ne devraient pas être traitées dans le projet car, dans certains pays, elles étaient régies par des lois spéciales.

38. Après un débat, le Groupe de travail est convenu qu'il faudrait mettre l'accent non sur la forme que pourraient avoir les créances, mais plutôt sur la manière dont elles pouvaient être transférées, si bien que les créances transférées par cession seraient traitées, alors que les créances à exclure, y compris les créances transférées par endossement, seraient énumérées. Le Groupe de travail a en outre convenu que les créances contractuelles seraient incluses, alors que la question de l'inclusion des créances non contractuelles (par exemple les assurances ou les créances délictuelles ou quasi délictuelles) pourrait être examinée lors d'une session ultérieure du Groupe de travail. Il a été proposé que l'inclusion d'autres types de créances, y compris les créances découlant de baux ou d'accords de licence, soit également examinée à un stade ultérieur.

Paragraphe 2. "Cession de créances"

39. Pour ce qui est de la portée de la notion de "cession de créances", on est convenu que la définition devrait préciser que le projet de règles uniformes devait s'appliquer à toute la gamme des cessions et pratiques connexes décrites dans le document dont était saisi le Groupe de travail (A/CN.9/412, par. 14 à 21), c'est-à-dire les cessions-ventes, les cessions à titre de garantie, ou les cessions à titre de paiement d'une dette antérieure. Il a été rappelé que ces pratiques englobaient, outre la cession proprement dite, des équivalents fonctionnels, par exemple, selon la législation nationale applicable, des techniques juridiques telles que la subrogation, le nantissement ou la novation. Pour ce qui est de la forme, il a été jugé dans l'ensemble que le paragraphe 2 ne tenait pas suffisamment compte de l'ampleur de la notion de cession, car il utilisait une terminologie renvoyant essentiellement à la cession-vente. On a convenu qu'il faudrait modifier le paragraphe 2 en utilisant une

terminologie plus neutre, que l'on pourrait peut-être combiner à une référence expresse qui pourrait être libellée comme suit : "cession-vente, cession à titre de garantie ou cession par toute autre méthode".

40. Le Groupe de travail a procédé à un nouvel échange de vues, déclenché par la référence au "financement" dans la deuxième partie du paragraphe 2, sur le point de savoir si l'applicabilité du projet de règles uniformes devrait être fonction de l'objet de la cession. Selon un avis, toute référence au "financement" en tant qu'objet de la cession devrait être évitée, car certaines cessions de créances s'inscrivaient dans un contexte autre que celui du financement; or, de telles cessions devraient également être régies par les règles uniformes. Par exemple, dans le contexte des assurances, il a été noté que les créances de l'assuré contre la partie responsable des dommages en vertu de la législation sur les délits civils seraient normalement cédées à l'assureur. Selon un autre avis, si l'on incluait une référence au "financement" dans la définition de la "cession de créances", il faudrait au moins l'accompagner d'une définition précisant les caractéristiques du "financement". Pour ce qui est de la définition éventuelle du "financement", des objections ont été émises, au motif que les techniques de financement évoluaient rapidement. Ainsi, toute définition risquerait d'être rapidement dépassée et, de ce fait, de nuire à l'acceptabilité des règles uniformes. Il a aussi été proposé de remplacer la référence au "financement" par une référence à la cession "contre une somme d'argent".

41. A l'appui du maintien de la référence au "financement" dans la définition de la "cession de créances", il a été noté que les règles uniformes devaient être axées sur les types de cession dont l'objectif commun était le financement. Il a été rappelé que le Groupe de travail avait été chargé par la Commission d'entreprendre d'élaborer une loi uniforme relative à "la cession dans le cadre du financement par cession de créances". Selon un autre avis, qui a reçu un appui considérable, il était peut-être nécessaire d'inclure une référence générale au "financement" dans le projet de règles uniformes, mais cette référence ne devrait pas nécessairement être incorporée dans la définition de la "cession de créances" dans le projet d'article 2. Il a été déclaré que les règles uniformes devaient certes être axées sur les opérations de financement, mais que rien ne devrait empêcher qu'elles soient également applicables à d'autres types de cession de créances, quel que soit l'objet de l'opération. Si un accueil favorable a été fait à la proposition tendant à supprimer les mots "qui fournit un financement au cédant (le "cessionnaire") de créances découlant d'un contrat (le "contrat initial") conclu entre le cédant et un tiers (le "débiteur)" à la fin du paragraphe 2, il a été convenu que cette question devrait être étudiée plus avant, après qu'une décision aurait été prise à propos des autres références au "financement" dans le projet d'article premier et dans d'autres dispositions des règles uniformes. Pour ce qui est de la forme, il a été noté que, si cette dernière partie du paragraphe 2 était supprimée du fait de la suppression de la référence au financement, le paragraphe devrait toujours comporter une définition des mots "débiteur" et "cessionnaire".

42. Pour ce qui est de la référence aux "créances découlant d'un contrat" à la fin du paragraphe 2, on a estimé que la définition devrait englober non seulement les créances découlant d'un contrat, mais aussi d'autres types, par exemple les créances découlant de l'application de la loi ou d'une décision de justice. Il a été convenu, toutefois, que l'adoption d'une définition aussi large des créances régies par les règles uniformes pourrait susciter des conflits avec d'autres régimes juridiques, pouvant revêtir un caractère impératif, qui seraient applicables à la cession de créances résultant de mécanismes non contractuels.

43. Après un débat, le Groupe de travail a adopté quant au fond la définition de la "cession de créances", étant entendu qu'il réexaminerait à un stade ultérieur la référence au "financement" qu'il avait décidé de placer entre crochets.

Paragraphe 3. "Contrat de financement"

44. Des avis divergents ont été exprimés quant à la nécessité d'inclure une définition du "contrat de financement" dans le texte du projet d'article 2. Selon un avis, une telle définition était utile, car elle établissait une distinction claire entre la cession elle-même et l'opération financière sous-jacente. Il a également été déclaré que, si l'on adoptait une définition large du "contrat de financement", il serait sans doute moins nécessaire d'inclure une description détaillée des divers types d'opérations financières envisagées dans le projet de règles uniformes. Toutefois, des doutes ont été exprimés quant à la nécessité d'une définition du "contrat de financement", étant donné notamment que cette notion n'était utilisée que dans le contexte du projet d'article 7. Il a également été avancé que la définition actuelle était trop simple pour être vraiment utile. Après un débat,

le Groupe de travail a décidé de placer le paragraphe 3 entre crochets, dans l'attente d'une décision définitive sur la manière dont la notion de "financement" serait traitée dans le projet de règles uniformes.

D. Cession globale

45. Le Groupe de travail a examiné la question des cessions globales sur la base d'un projet d'article libellé comme suit :

"Projet d'article 3. Cession de créances

1. La cession d'une ou plusieurs créances produit ses effets si, lorsqu'elle est effectuée ou lorsque les créances naissent, celles-ci peuvent être identifiées comme étant les créances faisant l'objet de la cession.
2. La cession de créances futures [ou conditionnelles] a pour conséquence le transfert direct des créances aux cessionnaires lorsqu'elles naissent [ou lorsque la condition est remplie], sans qu'il soit nécessaire de procéder à une nouvelle cession."

Paragraphe 1

Remarques générales

46. Pour ce qui est de la forme, on a jugé dans l'ensemble que le paragraphe 1 abordait actuellement trop de questions distinctes, qu'il serait mieux de traiter séparément, soit dans plusieurs paragraphes du même article, soit dans des articles distincts. On a estimé que les questions suivantes devaient être traitées séparément : reconnaissance de principe de la cession globale et de la cession de créances uniques; la notion de "production d'effets" de la cession entre le cédant et le cessionnaire; la notion de "production d'effets" de la cession sur les débiteurs et les tiers; critère applicable pour que la cession produise ses effets; moment où la cession produit ses effets; reconnaissance de principe de la cession de créances futures; portée de la notion de créance future.

"La cession d'une ou plusieurs créances"

47. Il a été convenu que l'un des importants objectifs du projet de règles uniformes était de supprimer les incertitudes, qui existent dans diverses lois nationales, à propos de la validité de la cession de plus d'une créance, c'est-à-dire une cession dans laquelle les créances n'étaient pas individualisées et que l'on appelait parfois "cession globale". Dans le même temps, il a été jugé dans l'ensemble que la cession de créances uniques ne devrait pas être exclue.

"produit ses effets si,"

48. Il a été noté qu'en se fondant sur la notion non précisée de "production d'effets", le projet de dispositions visait à établir les conditions du transfert effectif de la créance cédée non seulement entre le cédant et le cessionnaire, mais aussi vis-à-vis du débiteur et d'autres tiers. A ce propos, le projet de règles uniformes s'écartait sensiblement de l'approche retenue à l'article 5 de la Convention sur l'affacturage, qui traite de la validité de la clause pertinente du contrat d'affacturage et de ses effets pour le cédant et le cessionnaire, sans porter atteinte à la situation de tiers.

49. Selon un avis, l'approche retenue dans le projet de disposition n'était pas appropriée, car elle mélangeait sans justification la question de la définition de la "cession de créances" aux fins des règles uniformes, question se rattachant pour l'essentiel au champ d'application de ces règles, et des questions touchant les droits et obligations des tiers. Il a été noté que ces dernières questions étaient trop complexes pour être traitées par simple référence à la "production d'effets" au paragraphe 1 et qu'elles devraient être examinées plus en détail dans le contexte des projets de dispositions relatifs à l'obligation de payer du débiteur et de l'ordre de priorité à établir entre plusieurs créanciers invoquant les créances cédées. Il a été jugé que le projet de disposition devrait être modifié comme suit : "Une cession peut porter sur une ou plusieurs créances si...".

50. Un certain appui a été exprimé en faveur de cet avis et il a été convenu que cette question serait réexaminée, mais, selon l'avis qui a prévalu à ce stade, il était bon que les règles uniformes tentent d'apporter une solution certaine à des questions aussi importantes que la production d'effets et la validité d'une cession *erga omnes*. Quant à la divergence éventuelle avec l'approche retenue dans la Convention sur l'affacturage, il a été jugé que l'élaboration de règles uniformes devrait être considérée comme une occasion de progresser à partir des résultats obtenus par la Convention sur l'affacturage, mais aussi d'aller plus loin que cette convention, notamment sur une question telle que la production d'effets de la cession à l'égard de tiers, qui n'avait pas pu être pleinement traitée dans la convention, celle-ci étant axée sur le contrat d'affacturage et non sur la cession en général. Pour ce qui est de la forme, on a jugé qu'il serait utile que la référence à la "production d'effets" dans le projet de disposition soit complétée par une référence à la "validité".

"lorsqu'elle est effectuée"

51. Il a été jugé dans l'ensemble que les règles uniformes devraient prévoir que la cession produit ses effets aussitôt que possible, afin d'éviter que les créances ne puissent être retenues parmi les biens du cédant en cas d'insolvabilité. Toutefois, on a estimé dans l'ensemble que le projet de disposition devrait sans doute être modifié, afin de bien préciser le moment où la cession devrait être considérée comme produisant ses effets. On a noté à ce propos que le projet de disposition, qui revenait plus ou moins à affirmer que "la cession produit ses effets lorsque la cession est effectuée", semblait quelque peu circulaire.

"ou lorsque les créances naissent"

52. On est généralement convenu qu'il faudrait reconnaître, dans le projet de règles uniformes, le principe général de la validité du transfert par cession de créances futures. Ce principe risquait de ne pas être admis à l'heure actuelle dans toutes les législations nationales ou pourrait être limité d'une certaine manière (par exemple, une législation nationale pouvait ne reconnaître la validité de la cession d'une créance future que si elle naissait dans un délai donné), mais il a été noté que la cession de créances futures était une base de financement essentielle dans le contexte d'opérations de financement par cession de créances. Cependant, s'il était souhaitable du point de vue économique d'envisager la cession de créances futures selon une approche libérale, on a jugé qu'il ne faudrait pas pour autant porter atteinte à la certitude juridique. L'approche libérale devrait donc être assortie de critères suffisants pour identifier les créances futures.

53. Ayant établi qu'il était souhaitable de concevoir la cession de créances futures selon une approche libérale, le Groupe de travail a abordé l'examen des différentes catégories de créances futures qui pourraient être incluses, notant que les "créances futures" pouvaient être très différentes quant à leur nature et au degré de certitude qu'elles offraient. A un extrême, se trouvaient les "créances à échéance fixe", décrites comme correspondant aux cas où l'existence de la créance future, la date à partir de laquelle son paiement pouvait être exigé et son montant étaient certains, par exemple les créances découlant d'un contrat de vente déjà conclu. A l'autre extrême, on trouvait des créances purement hypothétiques (par exemple celles qui pourraient naître si un négociant pouvait fonder un établissement et attirer une clientèle). Entre ces deux extrêmes, on pouvait concevoir tout un éventail de situations, dans lesquelles l'existence de la créance, son montant et la date de paiement pouvaient être définis par des qualificatifs différents, allant de "futur" à "conditionnel", voire à "purement hypothétique". Il a été avancé que, si le terme "créances futures" inclurait normalement les créances "conditionnelles" et "hypothétiques", il ne devrait pas inclure les droits à paiement fondés sur des contrats existant au moment de la cession, que ces droits découlent ou non de l'exécution.

54. On s'est demandé s'il fallait admettre dans les règles uniformes tout l'éventail des "créances futures". On a déclaré que la reconnaissance des sessions globales combinée à une liberté totale de cession des "créances futures" pourrait permettre à une entité commerciale de céder toutes ses créances "futures" et "hypothétiques" pendant toute la durée de son existence, pratique qui pourrait être contraire à l'ordre public dans certains pays. On a cependant fait valoir que, si des considérations d'ordre public risquaient d'intervenir dans le contexte d'opérations qui engageaient des consommateurs, ces considérations auraient sans doute moins d'importance dans le contexte des opérations commerciales internationales. A titre d'exemple d'un texte portant sur les pratiques commerciales internationales, on a cité l'article 5 de la Convention sur l'affacturage qui autorise les cessions de "créances futures" sans faire de distinction entre les différentes catégories de "créances futures".

55. Notant qu'il faudrait peut-être examiner la question plus avant à une session ultérieure, eu égard en particulier aux créances conditionnelles et hypothétiques, le Groupe de travail a décidé qu'en attendant cet examen, la reconnaissance générale de la cession de créances futures ne ferait l'objet d'aucune restriction dans les règles uniformes.

"celles-ci peuvent être identifiées comme étant les créances faisant l'objet de la cession"

56. De l'avis général, le principal critère à retenir pour déterminer la validité et les effets d'une cession devrait être que les créances soient identifiées comme étant celles qui font l'objet de la cession.

Paragraphe 2

57. On a fait observer que le paragraphe 2 portait sur trois questions : le moment auquel les créances futures seraient transférées, le point de savoir si les créances seraient acquises directement par le cessionnaire ou indirectement par l'intermédiaire du cédant, ce qui avait une importance particulière dans le cas où le cédant serait déclaré insolvable au moment où naîtraient les créances; et la question de savoir si un nouvel acte de transfert était nécessaire quand les créances naissaient. On a fait observer en outre que le paragraphe 2 était à deux égards différent de l'article 5 b) de la Convention sur l'affacturage. D'une part, le champ d'application du projet de disposition était plus large en ce sens que le transfert visé au paragraphe 2 était réputé produire ses effets non seulement entre le cédant et le cessionnaire mais aussi à l'encontre du débiteur et d'autres tiers. D'autre part, le projet de disposition faisait référence à l'acquisition directe de créances futures par le cessionnaire, c'est-à-dire que le cessionnaire était censé entrer en possession des créances sans passer par l'intermédiaire du cédant.

58. Suivant son intention d'examiner deux variantes du paragraphe 1, l'une reconnaissant la validité des cessions globales uniquement entre le cédant et le cessionnaire, et l'autre prévoyant que les cessions globales produisaient des effets à l'égard de toutes les parties, le Groupe de travail est convenu qu'une version révisée du paragraphe 2 devrait aussi en conséquence comprendre deux variantes. Cependant, on a mis en garde contre cette limitation des effets de la cession à la relation entre le cédant et le cessionnaire, qui pourrait ne pas être judicieuse étant donné que, du fait que la cession était définie dans le projet de règles uniformes comme étant le transfert de propriété de créances cédées, la cession devait produire ses effets à l'égard de toutes les parties.

59. Selon un avis, il ne serait peut-être pas approprié de traiter toutes les créances futures de la même manière car elles ne présentaient pas toutes le même degré de certitude, ce qui ressortait des différences entre les montants de crédit offerts sur la base des différentes catégories de créances futures. Il était tenu compte de cette question dans la référence aux créances "conditionnelles", qui figure entre crochets au paragraphe 2. On a été d'avis que, pour tenir compte de la distinction suggérée plus haut (voir par. 53), le paragraphe 2 devrait porter uniquement sur les créances "fixes" et non sur les créances "conditionnelles" ou "possibles".

60. A l'issue du débat, le Groupe de travail est convenu que, sous réserve d'un examen plus approfondi, le paragraphe 2 devrait être revu de manière à se référer aux créances "fixes", "conditionnelles" et "possibles", encore que les créances des deux dernières catégories seraient pour l'instant laissées entre crochets.

E. Clauses de non-cession

61. Le Groupe de travail s'est fondé, pour son examen de la question, sur un projet d'article libellé comme suit :

"Projet d'article 4. Clauses de non-cession"

1. Sous réserve des dispositions de l'article 9, la cession de créances produit ses effets, nonobstant toute convention entre le cédant et le débiteur interdisant ou limitant une telle cession.

2. Sous réserve des dispositions de l'article 10-2, le paragraphe 1 du présent article n'a pas d'incidences sur toute obligation ou responsabilité du cédant envers le débiteur du chef d'une cession effectuée en violation du contrat initial."

Paragraphe 1

62. On a dans l'ensemble convenu d'inclure une disposition telle que le paragraphe 1 ci-dessus, prévoyant que la cession produit ses effets nonobstant toute clause de non-cession dans le contrat initial entre le cédant et le débiteur. Toutefois, des avis divergents ont été exprimés sur le point suivant : que certains Etats n'accepteraient peut-être pas une telle disposition, dans le cadre d'un projet de convention, s'ils n'avaient pas la possibilité d'émettre une réserve. Il a été noté à ce propos qu'une disposition similaire de la Convention sur l'affacturage prévoyait la possibilité d'émettre une réserve selon laquelle une cession effectuée en contravention d'une clause de non-cession ne produirait pas ses effets si le débiteur était domicilié dans un Etat émettant une réserve, car donner effet aux clauses de non-cession dans un tel contexte serait contraire à la législation de certains Etats.

63. Les tenants de l'approche consistant à permettre une réserve ont souligné qu'il importait de respecter la liberté contractuelle des parties, qui pouvaient convenir d'une clause de non-cession, et de préserver la bonne foi dans l'exécution des dispositions contractuelles convenues. On a noté que le débiteur se heurterait sans doute à davantage de problèmes ou de difficultés s'il devait payer des cessionnaires étrangers, notamment s'il était un consommateur. On a noté par exemple l'augmentation des frais d'expédition, l'obligation de donner suite à des notifications reçues dans une langue étrangère, les risques d'augmentation des frais de procès et le risque d'être tenu de payer la créance dans une monnaie imprévue et difficile à obtenir. Cette dernière considération, en particulier, aurait des incidences sur les débiteurs des pays en développement dans lesquels il pouvait y avoir pénurie de devises; de ce fait, il faudrait insérer au moins certaines exigences en matière de notification. On a également noté que ces considérations pouvaient avoir des incidences notamment sur les débiteurs consommateurs. On a en outre estimé qu'il faudrait particulièrement tenir compte du cas des débiteurs qui étaient des organismes publics.

64. Les adversaires d'une telle réserve ont souligné que les intérêts du débiteur, qui étaient au coeur du débat, pourraient être traités comme il convient dans les dispositions relatives à la protection du débiteur. Il a été déclaré qu'un principe relatif à la protection du débiteur, susceptible d'atténuer les difficultés susmentionnées, pourrait être libellé de manière à ce que le débiteur ne se voie pas imposer en vertu de la cession une obligation, financière ou autre, plus lourde que celle qui lui aurait incombée si aucune cession n'avait été effectuée.

65. Une telle approche, a-t-on déclaré, permettrait de tenir compte des questions de protection des consommateurs et il serait alors superflu d'émettre une réserve ou d'exclure les créances de consommateurs, ce qui risquait de porter atteinte à l'objectif visé, qui était de faciliter le financement par cession de créances. Le Groupe de travail a été instamment prié de garder présent à l'esprit que, dans la pratique, la possibilité de céder des créances de consommateurs constituait aujourd'hui une importante source de financement et qu'en exigeant dans chaque cas une notification et une autorisation, on entraverait fortement la cession de créances de consommateurs. Il a été proposé que l'on trouve des techniques qui ne compliquent pas la cession de créances de consommateurs au point de la rendre quasiment impossible, par exemple en prévoyant un paiement à un compte ou une boîte postale particuliers.

Paragraphe 2

66. Le Groupe de travail a noté que le paragraphe 2 avait pour objet de garantir qu'une cession effectuée en contravention d'une clause de non-cession ne portait pas atteinte aux droits que le débiteur pouvait avoir à l'encontre du cédant pour violation de la clause de non-cession. Il a été demandé si la formulation actuelle ("une cession effectuée en violation du contrat initial") était appropriée, car elle pourrait être interprétée comme énonçant une règle aux termes de laquelle une telle cession constituerait en fait une rupture du contrat. A ce propos, il a été noté que cette disposition visait simplement à soumettre à une autre loi applicable la question de savoir si une cession effectuée en contravention d'une clause de non-cession constituait ou non une rupture du contrat et, si elle était considérée comme telle, quelles seraient les conséquences de cette rupture. Il a été jugé

que le paragraphe 2 serait sans doute plus clair s'il utilisait un langage plus neutre, ne faisant pas référence à une rupture du contrat.

67. Une autre solution, fondée sur une approche plus catégorique, a été proposée au Groupe de travail consistant en fait à invalider les clauses de non-cession. Il a été jugé qu'une telle approche, retenue dans certaines lois nationales, serait plus favorable au financement par cession de créances, car le fait qu'un débiteur puisse faire valoir une prétention contractuelle à l'encontre d'un cédant pour violation d'une clause de non-cession serait source d'incertitudes peu propices au financement par cession de créances. Il a été avancé que ce risque potentiel serait encore aggravé dans la mesure où la législation applicable au contrat pourrait disposer qu'une violation de la clause de non-cession constitue une rupture justifiant la résolution du contrat entre le cédant et le débiteur.

68. Des hésitations ont toutefois été exprimées quant au point de savoir si une règle invalidant les clauses de non-cession serait ou non acceptable. Il a été jugé qu'une cession effectuée malgré une telle clause entrerait, dans de nombreux systèmes juridiques, dans la catégorie générale des ruptures de contrat et qu'il serait donc futile de tenter d'invalider de telles clauses. Selon un avis, une approche moins ambitieuse serait marginalement moins favorable aux objectifs visés, car le principe selon lequel la résolution du contrat n'était justifiée qu'en cas de "violation essentielle" du contrat était largement accepté et la violation d'une clause de non-cession ne serait probablement pas considérée comme une violation essentielle. Il a en outre été noté que, dans de tels cas, le cédant ne serait responsable envers le débiteur que des dommages effectivement encourus et prouvés; ainsi, le fait que cette question soit régie par une autre loi applicable risquerait moins d'entraver le financement par cession de créances.

F. Transfert de sûretés

69. Le Groupe de travail a débattu des effets que devrait avoir la cession de créances sur les droits qui pourraient avoir été créés afin de garantir le paiement de ces créances au cédant. Durant son débat, le Groupe de travail a pris en compte les dispositions pertinentes d'autres textes uniformes, par exemple l'article 7 de la Convention sur l'affacturage et l'article 18 de la loi type de la BERD sur les opérations assorties de sûretés.

70. Il a été noté d'emblée que les questions juridiques liées à la création et au transfert de sûretés faisaient intervenir diverses exigences de caractère administratif et réglementaire en vertu des lois nationales existantes et étaient de ce fait complexes. Il a été convenu dans l'ensemble que le projet de règles uniformes ne devrait pas tenter de traiter de tous les détails du droit matériel des sûretés. De même, des questions telles que les mesures de procédure à prendre pour assurer le transfert valable d'un sûreté donnée devraient continuer d'être régies par la loi nationale applicable. Le projet de règles uniformes devrait se limiter à énoncer un principe général sur le point de savoir si la cession d'une créance avait un effet automatique sur la sûreté correspondante.

71. Pour ce qui est de la substance de ce principe général, il a été proposé d'établir une distinction entre les sûretés "accessoires" et "non accessoires" ou "indépendantes". Les "sûretés accessoires", connues dans de nombreuses législations nationales, étaient définies comme des sûretés qui ne pouvaient exister ou être transférées indépendamment de la créance dont elles étaient supposées garantir le paiement. Ces "sûretés accessoires" devraient donc être transférées automatiquement avec la créance à laquelle elles se rattachaient. Les sûretés "non accessoires" ou "indépendantes", telles que les garanties bancaires indépendantes, étaient définies comme des sûretés pouvant exister ou être transférées indépendamment et devraient donc exiger un acte de transfert distinct. Il a été déclaré qu'en se fondant sur une distinction entre les sûretés "accessoires" et les sûretés "indépendantes", on éviterait les difficultés qui se poseraient si l'on tentait d'énumérer ou de définir les divers types de sûretés auxquelles s'appliqueraient les règles uniformes. Après un débat, il a été convenu que le projet de règles uniformes devrait être rédigé de manière à ne pas empêcher que soit établie une distinction entre les sûretés "accessoires" et les sûretés "indépendantes" dans les systèmes juridiques établissant une telle distinction. Il a été jugé dans l'ensemble, toutefois, qu'il ne serait peut-être pas utile d'énoncer cette distinction dans le projet de règles uniformes et que cela pourrait être contraire à la décision de principe selon laquelle il ne fallait pas traiter de tous les détails du droit matériel des sûretés. Il a été noté qu'une distinction entre les sûretés "accessoires" et les sûretés "non accessoires" ou "indépendantes" ne serait peut-être pas acceptable dans tous les systèmes juridiques. En outre, même les lois nationales jugeant utile une telle distinction pouvaient

diverger considérablement quant aux définitions et à la teneur des catégories de sûretés "accessoires" et "indépendantes".

72. On s'est ensuite penché sur le point de savoir si le transfert d'une sûreté devrait automatiquement découler de la cession de la créance correspondante ou s'il ne devait résulter que d'une convention expresse entre les parties à la cession. S'il a été dans l'ensemble convenu que le projet de règles uniformes devait reconnaître l'autonomie des parties, il a été noté que, d'un point de vue pratique, le fait de se contenter, à propos de la question du transfert des sûretés, de reconnaître l'autonomie des parties en la matière pourrait être considéré comme encourageant une approche formaliste qui, en fonction de la nature de la cession, pourrait se révéler excessivement lourde. Par exemple, si une règle fondée exclusivement sur l'autonomie des parties pourrait être appropriée dans le contexte du financement des projets, ou d'autres types de cessions s'inscrivant dans un cadre contractuel complexe, elle serait sans doute moins acceptable pour certains types de cessions groupées qui étaient en général conclues sans qu'un contrat particulier ne soit négocié. Il a également été noté qu'un transfert automatique des sûretés serait plus conforme à l'objectif général des règles uniformes, qui est de faciliter le financement par cession de créances.

73. Pour ce qui est de la manière dont l'autonomie des parties devrait être reconnue par le projet de règles uniformes, il a été convenu que le principe général devrait être rédigé de manière à ne pas pouvoir être interprété comme soumettant d'autres règles de droit national, peut-être de caractère impératif, à une convention des parties. Par exemple, le projet de règles uniformes ne devrait pas écarter les lois nationales relatives aux hypothèques, ou à d'autres types de sûretés "accessoires", qui, dans toutes les circonstances, seraient considérées comme transmises automatiquement avec les créances assorties de sûretés.

74. Après un débat, le Groupe de travail a décidé que les règles uniformes devraient énoncer le principe de la transmission automatique des droits garantissant les créances cédées, sauf convention contraire des parties et sous réserve de toute autre règle de droit national relative à la validité de cette transmission.

G. Forme de la cession

75. Le Groupe de travail a examiné la question de la forme de la cession en se fondant sur un projet d'article qui se lisait comme suit :

"Projet d'article 5. Forme

Une cession n'a pas à être effectuée ou attestée par écrit et ne fait l'objet d'aucune autre condition de forme. Elle peut être prouvée par tous les moyens, y compris par témoins."

76. Des vues et des préoccupations différentes ont été exprimées à propos du projet d'article 5. Une de ces préoccupations portait sur le principe général, énoncé dans le projet d'article, selon lequel une cession qui ne serait soumise à aucune condition de forme ne serait pas acceptable pour les États dont la législation exigerait que la cession de créances fasse l'objet d'un contrat écrit ou qu'elle soit attestée par écrit. On a fait observer que le projet d'article était établi sur le modèle de l'article 11 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises ("Convention des Nations Unies sur les ventes") et que l'article 96 autorisait un État à déclarer que l'article 11 ne s'appliquait pas dès lors que l'une des parties au contrat avait son établissement dans cet État.

77. En réponse à cette préoccupation, on a fait valoir que l'objectif du projet de règles uniformes était non de modifier les conditions et les critères applicables, en vertu de la loi nationale, aux types de contrats de cession qui existaient, mais de créer un nouveau type de cession. Par conséquent, même dans les pays où un document écrit était exigé aux fins de validité ou de preuve de la cession, les règles uniformes ne devraient pas être assimilées à une tentative d'élimination des conditions générales de forme. Le projet de règles uniformes, a-t-on déclaré, visait simplement à créer une exception restreinte à ces conditions, pour tenir compte de la pratique internationale actuelle relative à la cession de créances qui, dans bien des cas, intervenait sans document écrit. Par exemple, il était essentiel d'inclure dans les règles uniformes une disposition allant dans le sens du projet d'article 5 pour tenir compte de l'utilisation des moyens électroniques de communication. L'attention a été

appelée sur le fait que le projet de convention sur les sûretés grevant le matériel susceptible d'être déplacé d'un pays dans un autre, qu'élaborait actuellement UNIDROIT, exigerait sans doute la forme écrite pour tout accord constituant une telle sûreté. L'objet de cette exigence serait de préciser que les parties avaient l'intention de créer une sûreté internationale, et non un type particulier de sûreté à l'échelon national. A ce propos, on a jugé qu'il faudrait tenir compte de la règle proposée lors de l'élaboration du projet de règles uniformes, notamment parce que certaines créances qui pourraient être régies par les règles uniformes, par exemple les créances découlant de contrats de bail, pourraient aussi entrer dans le champ d'application du projet de convention d'UNIDROIT.

78. Une autre préoccupation portait sur la substance du principe, énoncé dans le projet d'article, d'une cession qui n'est soumise à aucune condition de forme. On a fait valoir que, si une liberté totale de forme était acceptable entre le cédant et le cessionnaire, en revanche cette liberté risquerait de nuire aux intérêts des tiers qui ne seraient pas suffisamment protégés. Par exemple, le fait de reconnaître la validité d'une cession purement orale pourrait créer des possibilités de collusion abusive ou frauduleuse entre le cédant et le cessionnaire, en particulier dans les cas où le cédant deviendrait insolvable. On a suggéré de faire une exception au principe général de la liberté de forme afin que les cessions purement orales ne puissent être opposées aux tiers. A cet égard, on a estimé qu'il faudrait traiter la question des intérêts des tiers non en imposant des restrictions à la forme de la cession mais en rendant obligatoire la notification de la cession aux tiers. Il a été proposé de reprendre le débat dès que le Groupe de travail aurait achevé l'examen d'autres projets d'article, dont le projet d'article 9 qui établissait le principe d'une notification aux fins de protection du débiteur.

79. Après un échange de vues, le Groupe de travail a reporté sa décision jusqu'à ce qu'il ait achevé l'examen du projet de règles uniformes et le débat général sur les questions de protection des tiers. Le secrétariat a été prié d'établir un projet révisé d'article comprenant plusieurs variantes compte tenu des vues et préoccupations ci-dessus. On a fait observer que, si on devait prévoir, dans les règles uniformes, des conditions de forme à appliquer dans le contexte des relations avec des tiers, il faudrait aussi préciser les effets du non-respect de ces conditions. Ainsi, on pourrait établir dans le projet de règles uniformes qu'une cession purement orale est sans effet à l'égard des tiers ou décider qu'une telle cession n'entre pas dans le champ d'application du projet. Il a été convenu que ces options devraient aussi être prises en compte dans les variantes que le Groupe de travail examinerait à une cession ultérieure.

H. Garanties entre le cédant et le cessionnaire

80. Le Groupe de travail a ouvert, au sujet des garanties que le cédant pourrait apporter au cessionnaire, un débat fondé sur un projet d'article qui se lisait comme suit :

"Projet d'article 6. Garanties

1. Sauf convention contraire du cédant et du cessionnaire [dans le contrat de cession], le cédant garantit au cessionnaire que les créances cédées existent.
2. Aux fins du paragraphe 1 du présent article, les créances sont considérées comme existant si le cédant est le créancier, s'il a le droit de céder les créances et s'il n'a pas connaissance, au moment de la cession, de tout fait qui priverait les créances de leur valeur.
3. Sauf convention contraire explicite du cédant et du cessionnaire [dans le contrat de cession], le cédant ne garantit pas au cessionnaire que le débiteur paiera."

81. On a fait observer que la question des garanties données par le cédant au cessionnaire en ce qui concerne les créances devait être réglée par contrat, mais qu'il serait peut-être souhaitable de la traiter aussi dans le projet étant donné l'importance des garanties pour la répartition entre le cédant et le cessionnaire des risques d'exceptions cachées du débiteur et les incidences que la rupture de ces garanties pourrait avoir sur le transfert des créances.

Paragraphe 1

82. Le Groupe de travail a estimé que le paragraphe 1 énonçait un principe rationnel qui pourrait faciliter le financement par cession de créances en reconnaissant l'autonomie des parties dans la répartition entre le cédant et le cessionnaire des risques d'exceptions inconnues du débiteur et en assurant une bonne répartition de ces risques en l'absence de convention.

83. Un certain nombre de préoccupations ont été émises à propos de la formulation exacte du paragraphe 1. Une de ces préoccupations venait de ce que le cédant et le cessionnaire ne devraient pas être autorisés à modifier la teneur de la garantie relative à l'existence des créances, qui découlait de l'obligation fondamentale d'agir de bonne foi. Il a été proposé qu'au moins la garantie ne puisse être modifiée que par convention explicite entre le cédant et le cessionnaire (voir par. 88 ci-après). On a fait valoir par ailleurs que les mots "dans le contrat de cession" qui figuraient entre crochets au paragraphe 1 devraient être supprimés car ils pourraient préjuger du contexte dans lequel une cession pourrait avoir lieu ou de la manière dont elle pourrait avoir lieu. On a estimé aussi que le mot "garanties" n'était pas assez clair. A cet égard, on a fait observer qu'il était difficile de trouver un terme équivalent mais que, dans la Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux, le terme "assure" avait été utilisé pour se référer aux garanties données au porteur par le cédant d'un effet.

84. On s'est aussi préoccupé du fait que le mot "cessionnaire" risquait d'introduire une restriction inappropriée dans la mesure où un cédant pourrait être considéré comme donnant la garantie uniquement au cessionnaire immédiat et non aux éventuels cessionnaires subséquents. On a signalé que, tel que l'article était actuellement rédigé, le cessionnaire subséquent ne pourrait se retourner que contre le cédant qui le précède et non contre le cédant initial. Il a été déclaré que le cédant initial serait très vraisemblablement obligé de rembourser le cessionnaire subséquent, mais seulement à la suite de toute une série d'actions ultérieures, et à condition que la chaîne des cédants ne soit pas interrompue du fait de l'insolvabilité de l'un des cédants. Enfin, on s'est inquiété de ce que les mots "que les créances cédées existent" pourraient être interprétés comme n'englobant pas les créances futures.

Paragraphe 2

85. Plusieurs observations ont été faites à propos de la formulation du paragraphe 2 concernant la teneur de la garantie de l'existence des créances cédées. On a ainsi fait observer que les mots "a le droit de céder" donnaient lieu à incertitude, car le droit de transfert n'existait pas en cas de clause de non-cession, encore qu'une cession faite en contravention d'une telle clause puisse être considérée comme produisant des effets (voir par. 62 à 65). On a expliqué que ces mots visaient les situations dans lesquelles le cédant pourrait ne pas avoir le droit de céder certaines créances, parce qu'il pourrait les avoir déjà cédées ou pour d'autres raisons générales liées au défaut de capacité ou d'autorisation. A la suite de ces observations, on a fait valoir que le premier problème était réglé du fait que le cédant devait être le créancier, et que les problèmes du second type n'entraient pas dans le cadre des travaux en cours de la Commission.

86. On a fait observer aussi que la référence à l'ignorance de la part du cédant de vices juridiques qui entacheraient les créances exposerait le cessionnaire au risque que le débiteur produise des exceptions qui n'étaient pas connues du cédant, ce qui pouvait souvent arriver dans la pratique, en particulier dans les cas où le cédant était le vendeur de biens fabriqués par un tiers. On a signalé que le risque auquel serait exposé le cessionnaire entraînerait une augmentation du coût du crédit; c'était, en outre, une solution peu judicieuse, car le cessionnaire n'était pas partie au contrat initial et n'avait aucun moyen de réduire le risque.

87. On a par ailleurs fait observer que la référence à la privation de "valeur" pourrait être interprétée comme étant une référence à la valeur économique, ce qui exposerait le cessionnaire à un risque lié à un changement dans les conditions économiques générales ou dans la situation économique du débiteur. Pour répondre à cette préoccupation, on a suggéré de préciser que le mot "valeur" se rapportait aux exceptions légales cachées du débiteur.

Paragraphe 3

88. On a généralement appuyé, au sein du Groupe de travail, le principe énoncé au paragraphe 3, selon lequel le cédant ne garantissait pas au cessionnaire que le débiteur paierait. Ce principe tenait compte d'une règle connue dans la plupart des systèmes juridiques. On a ajouté que, du fait que la garantie visée au paragraphe 3 comportait un risque plus lourd que celui qui était prévu au paragraphe 1, elle ne pouvait être modifiée que par voie d'une convention explicite.

I. Rupture du contrat de financement

89. Le Groupe de travail a examiné les effets de la rupture du contrat de financement par le cédant sur la base d'un projet d'article libellé comme suit :

"Projet d'article 7. Rupture du contrat de financement par le cédant

1. Lorsqu'il en est ainsi convenu et, quoi qu'il en soit, si le cédant ne s'acquitte pas de son obligation de payer conformément au contrat de financement, le cessionnaire est habilité à aviser le débiteur, en application de l'article 9, qu'il doit le payer.
2. En cas de cession-vente, sauf convention contraire du cédant et du cessionnaire, le cessionnaire peut conserver tout excédent et le cédant n'est pas responsable de tout manque à gagner.
3. En cas de cession à titre de garantie, sauf convention contraire du cédant et du cessionnaire, le cessionnaire doit rendre des comptes au cédant et retourner tout excédent et le cédant est responsable en cas de manque à gagner."

Paragraphe 1

90. La discussion a fait apparaître que l'on approuvait dans l'ensemble la règle de fond énoncée au paragraphe 1, selon laquelle une rupture du contrat de financement habiliterait le cessionnaire à recouvrer le produit des créances. Il a également été noté que le paragraphe visait divers cas de financement, dans certains desquels une défaillance du cédant ne constituerait pas le fait donnant au cessionnaire le droit de recouvrer les créances, et qu'il reconnaissait que le cédant et le cessionnaire avaient la liberté contractuelle de définir les effets d'une violation du contrat de financement. On s'est toutefois demandé dans quelle mesure le projet d'article, dans sa formulation actuelle, exprimait ces principes fondamentaux sur lesquels s'accordait le Groupe de travail et établissait une distinction entre les différentes catégories de cas visés.

91. Les observations relatives à la forme ont porté en particulier sur les mots "lorsqu'il en est ainsi convenu", au début du paragraphe. Il a été noté que, sous leur forme actuelle, ces mots risqueraient de laisser entendre qu'il fallait une convention particulière, outre le contrat de cession, pour donner au cessionnaire les droits inhérents à la cession. Il a été noté qu'en fait, on avait utilisé ces mots simplement pour faire référence, sans trop de rigidité, à la liberté contractuelle qu'avaient les parties de définir les conditions de la cession, y compris le moment où naîtrait le droit de recouvrer le produit des créances, outre les cas de manquement au contrat de financement.

92. On a cité à ce propos le type de structure de financement dans lequel le débiteur était avisé de la cession, mais était informé que le paiement continuerait d'être dû au cédant jusqu'à avis contraire. On a également noté le cas où le prêteur (cessionnaire) avisait dès le départ les débiteurs et cherchait à recouvrer les créances, qui avaient été cédées à titre de garantie, mais dont le recouvrement supposait un paiement à une boîte postale ou à un compte auxquels seul le prêteur avait accès. Référence a également été faite à des structures de financement n'exigeant pas de notification du débiteur, le paiement continuant d'être dû au cédant.

93. Selon certains avis, l'expression "le cessionnaire est habilité à aviser le débiteur qui doit le payer" risquait d'être source d'incertitude, car elle était sans doute trop indirecte. Il a été déclaré que la rupture du contrat de

financement aurait normalement pour effet d'habiliter le cessionnaire, en tant que nouveau créancier, à recouvrer le produit des créances.

94. On s'est également demandé, à propos de la formulation du paragraphe 1, s'il était approprié d'utiliser les mots "ne s'acquitte pas de son obligation". On a mis en doute l'opportunité de cette expression dans le contexte de la vente de créances, en conséquence de laquelle on pouvait présumer que le cessionnaire serait propriétaire des créances. En outre, ce libellé était différent de celui qui était utilisé dans la Convention des Nations Unies sur les ventes, dans laquelle il était fait référence à des termes tels qu'"inexécution" ou "manquement aux obligations".

Paragraphes 2 et 3

95. Plusieurs observations ont été faites à propos de la teneur et de la formulation des paragraphes 2 et 3, qui traitaient de la question des excédents et déficits entre le montant payé par le cessionnaire au cédant en échange des créances cédées et le montant payé au cessionnaire par le débiteur. Selon un avis, il pourrait être délicat de tenter d'établir une distinction claire entre la cession-vente (traitée au paragraphe 2) et la cession à titre de garantie (traitée au paragraphe 3). Il a été noté que, du fait de la diversité des formes de transfert de créances et des divergences entre les systèmes juridiques quant au classement de ces transferts, certains transferts de créances, qui pouvaient être désignés sous le nom de cessions à titre de garantie, pourraient en fait avoir des attributs d'une cession-vente. Le Groupe de travail a reconnu que le problème se posait et a noté que, certains types de cessions à titre de garantie pouvaient mettre en jeu le transfert de la propriété des créances cédées.

96. Des doutes ont également été exprimés à ce propos quant aux règles énoncées dans les paragraphes 2 et 3, car il a été noté que les parties ne voudraient pas nécessairement conclure un engagement aux termes duquel l'effet économique net du recouvrement des créances serait incertain du simple fait que le transfert relèverait de telle ou telle catégorie. Il a été jugé qu'une telle approche pourrait faire apparaître une dimension spéculative ou lucrative de la cession de créances, qui ne serait peut-être pas conforme à l'objectif fondamental de l'opération, qui était le financement. Il a été toutefois répondu que les règles énoncées dans les deux paragraphes, que les parties pouvaient modifier par contrat, se voulaient simplement des règles supplétives, ou une base de départ, permettant aux parties de ne pas avoir à négocier dans tous les cas la répartition des risques, si elles ne souhaitaient pas négocier des solutions autres que celles énoncées dans le projet de règles uniformes.

97. Pour ce qui est de la forme, le Groupe de travail a noté que certains termes utilisés aux paragraphes 2 et 3, notamment les mots "excédent" et "manque à gagner" n'étaient pas définis et risquaient de ne pas être bien compris. Il a également été noté que le titre de l'article "rupture de contrat de financement par le cédant" ne correspondait peut-être pas tout à fait à sa teneur, notamment puisque le paragraphe 2 ne supposait pas une rupture du contrat de financement.

J. Effets de la cession sur le débiteur

1. Obligation de paiement du débiteur

98. Le Groupe de travail a ouvert le débat sur l'obligation de paiement du débiteur en se fondant sur un projet d'article qui se lisait comme suit :

"Projet d'article 9. Obligation de paiement du débiteur

1. Tant qu'il n'a pas reçu notification par écrit de la cession, conformément au paragraphe 2 du présent article, le débiteur est habilité à payer le cédant et à se libérer de son obligation.

2. Le débiteur est tenu de payer le cessionnaire s'il n'a pas reçu notification par écrit d'une cession antérieure, d'un jugement de saisie des créances cédées [ou de l'insolvabilité du cédant] et :

a) s'il reçoit une notification [inconditionnelle] par écrit de la cession par le cédant, ou par le cessionnaire en vertu des pouvoirs conférés par le cédant; et

b) si la notification identifie raisonnablement les créances cédées et le cessionnaire auquel, ou pour le compte duquel, le débiteur est tenu d'effectuer le paiement.

3. Si le débiteur le demande, le cessionnaire doit, dans un délai raisonnable, prouver de la manière appropriée que la cession a été effectuée, faute de quoi le débiteur peut payer le cédant et être libéré de son obligation.

4. Le terme 'notification écrite' désigne une notification fournie sous une forme permettant que l'information qu'elle contient soit accessible de manière à être utilisable pour référence ultérieure, y compris sous les formes suivantes : échange de données informatisées (EDI), courrier électronique, télégramme, télex ou télécopie.

5. Que la cession ait été effectuée par écrit ou non, une déclaration simplifiée écrite relative à la cession, conforme au paragraphe 2 du présent article, vaut notification écrite en application du paragraphe 4 du présent article.

6. Le paiement du cessionnaire par le débiteur libère ce dernier de son obligation, s'il est effectué conformément au présent article ou à toute autre loi applicable."

Paragraphe 1

99. Un échange de vues a porté sur la question de savoir si la connaissance effective de la cession par le débiteur devrait avoir le même résultat que la notification, c'est-à-dire d'empêcher le débiteur de payer le cédant pour se libérer.

100. Selon un avis, l'obligation pour le débiteur de payer le cessionnaire pourrait aussi découler de la "connaissance" qu'il aurait de la cession. A l'appui de cet avis, on a fait observer que la nécessité de préserver des normes de conduite acceptables dans la pratique obligeait à établir un équilibre entre, d'une part, le besoin de certitude et, d'autre part, le respect par les parties des règles d'éthique. On a fait valoir que ce serait contraire à la bonne foi que d'autoriser le débiteur à payer le cédant dès lors qu'il aurait effectivement connaissance de la cession. On a ajouté que le paragraphe 1, sous sa forme actuelle, semblait positivement permettre au débiteur de payer le cédant même s'il avait effectivement connaissance de la cession, éventuellement au mépris des exigences de la loi nationale en matière de bonne foi.

101. Selon un autre avis, l'obligation du débiteur de payer le cessionnaire devrait découler uniquement d'une notification et non, comme cela a été proposé, de la connaissance de la cession, même en l'absence de notification. La notification était un élément essentiel à la protection du débiteur, qui était l'objectif fondamental du projet d'article, notamment afin qu'il n'y ait aucun doute sur la personne à qui le débiteur devrait payer pour se libérer. Il en découlait un autre principe d'importance capitale pour la protection du débiteur, qui devrait être expressément énoncé dans le projet d'article, à savoir que le débiteur ne devrait pas être désavantagé du fait de la cession.

102. En outre, on a estimé qu'une règle comme celle qui était énoncée au paragraphe 1 servait à indiquer le comportement que le débiteur devrait avoir avant d'être avisé de la cession et était conforme à la pratique commerciale normale. Dans la pratique, en effet, les parties voulaient normalement que les débiteurs continuent de payer le cédant jusqu'à ce qu'il reçoive notification. On a cité l'exemple des opérations de titrisation dans lesquelles le débiteur avait habituellement connaissance de la cession mais continuait à effectuer les paiements au cédant et non au cessionnaire, lequel était un organisme spécial qui était créé à seule fin d'émettre et de vendre des titres mais n'avait pas de structure conçue pour recevoir les paiements au titre des créances cédées.

103. De plus, on a déclaré que, s'il était certes important de s'assurer que les critères de bonne foi soient respectés dans la pratique commerciale, il ne faudrait pas que cela nuise à la certitude, ce qui serait le cas si la connaissance de la cession devait entraîner pour le débiteur l'obligation de payer le cessionnaire. A ce propos, on a fait observer qu'il faudrait régler un certain nombre de questions, dont celles de savoir ce qui constituerait

la connaissance de la cession, qui devrait en faire la preuve, quelle devrait en être la teneur et comment elle serait traitée en cas de conflit entre plusieurs cessions.

104. Après délibération, on a convenu que la "connaissance" de la cession par le débiteur ne devrait pas être une condition suffisante pour que celui-ci ait à payer le cessionnaire et que les cas qui pourraient être entachés de mauvaise foi ou de fraude de la part du débiteur pourraient être réglés par la loi nationale applicable.

105. Le Groupe de travail s'est ensuite demandé si la notification devrait être une condition à remplir pour que la cession produise ses effets à l'égard du débiteur ou uniquement une exception que le débiteur pourrait faire valoir en cas de contestation par le cédant du paiement qu'il aurait fait au cessionnaire. On a fait observer que le paragraphe 1, lu en même temps que le paragraphe 1 du projet d'article 7 qui prévoyait que ces cessions produisaient leurs effets dès leur conclusion, donnait au débiteur qui avait connaissance d'une cession mais n'en avait pas été avisé la possibilité de payer soit le cédant, soit le cessionnaire, et ainsi d'être libéré.

106. On s'est inquiété de l'incertitude qui pourrait naître de la possibilité qui serait laissée au débiteur de payer plus d'une personne pour se libérer. De plus, on risquait l'incohérence en prévoyant, d'une part, qu'une cession globale produirait ses effets à l'égard du débiteur dès sa conclusion et, d'autre part, que le débiteur pourrait refuser de payer s'il n'a pas reçu notification de la cession.

107. Pour apaiser ces préoccupations, on a déclaré qu'une telle approche reviendrait de fait à dire que le débiteur, avant notification de la cession, pourrait payer le cédant et avoir la certitude d'être libéré; si le débiteur choisissait de payer le cessionnaire, c'est à lui qu'il incomberait de prouver la cession au cas où le cessionnaire contesterait le paiement.

108. Tout en estimant que l'explication donnée était assez satisfaisante, on a suggéré que, si l'objet du paragraphe 1 était tel qu'on l'avait indiqué, il faudrait préciser qu'avant notification, le débiteur aurait le droit de payer le cédant mais qu'il pourrait aussi payer le cessionnaire et être libéré. Cette suggestion a soulevé des objections du fait qu'une règle claire prévoyant la libération du débiteur en cas de paiement au cessionnaire avant notification pourrait être préjudiciable à certaines opérations, notamment à la titrisation, dans laquelle le débiteur est censé continuer à effectuer les paiements au cédant. Selon un avis, il serait préférable d'établir une règle claire disposant que le débiteur serait libéré par paiement au cédant avant notification, et de laisser la question de savoir si le débiteur pourrait se libérer en payant le cessionnaire à une autre loi applicable.

109. Durant le débat, il a été proposé que le Groupe de travail envisage d'étudier dans quelle mesure le cessionnaire devrait être lié par les modifications du contrat initial entre le cédant le débiteur intervenant après la cession, mais avant la notification du débiteur.

110. Après délibération, le Groupe de travail est convenu que le paragraphe 1, sous sa forme actuelle, était en principe acceptable.

Paragrapes 2 et 3

Chapeau

"s'il n'a pas reçu notification par écrit d'une cession antérieure"

111. On a fait observer qu'en application du paragraphe 2, le débiteur avait l'obligation de payer le cessionnaire pour être libéré s'il avait reçu notification de la cession à ce cessionnaire, sans avoir reçu notification d'une cession antérieure. On s'est demandé si le chapeau du paragraphe 2, tel qu'il était formulé, couvrait les situations dans lesquelles intervenaient de multiples notifications de plusieurs cessions.

112. Selon un avis, si le paragraphe 2 devait porter sur les cas dans lesquels il y avait une seule cession, il serait acceptable en principe. En revanche, si, en adoptant la règle selon laquelle le débiteur paierait le premier cessionnaire qui l'aurait avisé, on rendait le paragraphe 2 applicable aux cas où il y aurait plusieurs notifications

de cessions conflictuelles, on devrait formuler cette règle à titre provisoire, car elle pourrait préjuger la réponse à la question de savoir quels seraient les cessionnaires prioritaires en cas de conflit.

113. Selon un autre avis, la question des notifications multiples faisait intervenir celle de la protection du débiteur et non celle de la priorité entre plusieurs cessionnaires en conflit et devrait donc être traitée au titre du paragraphe 2. A ce propos, on a déclaré que le principe selon lequel le débiteur serait libéré en payant le premier cessionnaire qui l'aviserait était un principe rationnel et pourrait être accepté, car il déterminait avec certitude qui le débiteur devrait payer en cas de notifications multiples. Une tout autre question était celle de savoir si, entre les différents cessionnaires eux-mêmes, le premier qui aurait avisé le débiteur et en aurait reçu paiement pourrait retenir ce paiement. Cette question pourrait être traitée en même temps que celles qui concernent les priorités entre les cessionnaires en conflit.

114. Le Groupe de travail a estimé que la substance du chapeau du paragraphe 2 était acceptable mais il est convenu de revenir sur la question des notifications multiples une fois qu'il aurait eu la possibilité d'examiner les projets d'article 14 (priorités) et 15 (cessions ultérieures) sur les priorités entre les cessionnaires en conflit et les cessions ultérieures.

"d'un jugement de saisie des créances cédées ou de l'insolvabilité du cédant"

115. On a généralement appuyé, au Groupe de travail, l'idée d'exempter le débiteur de son obligation de payer le cessionnaire en cas de jugement de saisie et d'insolvabilité du cédant. On a aussi généralement estimé que la formulation du chapeau devrait être élargie pour englober d'autres mesures du processus judiciaire ou non judiciaire (par exemple une saisie avant jugement, ou autres mesures pouvant découler de l'application de la loi ou d'un ordre d'une instance non judiciaire). A propos de l'insolvabilité du cédant, on a noté qu'il faudrait tenir compte des travaux de la Commission sur l'insolvabilité transnationale. On a aussi estimé que l'insolvabilité du cédant soulevait des problèmes différents de ceux qui se posaient dans le contexte d'une saisie de créances et devrait être examinée plus à fond.

Alinéa a)

"notification [inconditionnelle]"

116. Il a été noté que le terme "inconditionnelle", qui figurait entre crochets, avait pour objet d'éviter toute incertitude au débiteur en traitant des cas où le débiteur recevrait une notification qui ne comportait pas une demande de paiement claire. Selon un avis, ce terme était superflu, car une notification "inconditionnelle" ne répondrait pas aux exigences de l'alinéa b), aux termes duquel les créances cédées et la personne à laquelle le débiteur était tenu de payer devaient être raisonnablement identifiées. Il a en outre été noté que ce terme pourrait être source d'incertitude, car il n'était pas compris partout de la même manière.

117. S'il a été jugé que le terme "inconditionnelle" n'était peut-être pas tout à fait clair, on a été noté qu'il était nécessaire, dans les cas de notifications multiples, de réduire au minimum les sources de confusion pour le débiteur en invalidant les notifications qui étaient "conditionnelles", en ce sens qu'elles avisaient le débiteur d'une cession sans toutefois comporter une demande de paiement claire. Afin de répondre à cette préoccupation, il a été proposé de modifier l'alinéa b), afin de bien préciser que la notification devait comporter une désignation sans équivoque de la personne que le débiteur devait payer. Après un débat, le Groupe de travail est convenu que le terme "inconditionnelle" pourrait être supprimé, sous réserve de la modification de l'alinéa b) proposée ci-dessus.

"par écrit"

118. Il a été convenu que, pour éviter toute incertitude, la notification de la cession devait se faire par écrit. Dans le même temps, le Groupe de travail a convenu qu'afin de tenir compte des moyens modernes de communication, une définition souple de l'écrit devrait être adoptée, du type de celle retenue au paragraphe 4 qui se fondait sur les articles 2 a) et 5 du projet de loi type de la CNUDCI sur les aspects juridiques de l'échange de données informatisées et des moyens connexes de communication.

"par le cessionnaire en vertu des pouvoirs conférés par le cédant"

119. On s'est demandé si le cessionnaire devrait être habilité à aviser le débiteur de lui-même, sans y avoir été autorisé par le cédant. Il a été noté que le paragraphe 2, tel qu'il était actuellement formulé, disposait que la notification pouvait être faite par le cédant, ou par le cessionnaire en vertu des pouvoirs conférés par le cédant. Il a également été noté que cette approche, qui s'inspirait de l'article 8-1 *a)* de la Convention sur l'affacturage, visait à permettre au débiteur de déterminer avec certitude si la personne l'avisant était le créancier légitime.

120. Selon un avis, afin d'éviter toute incertitude au débiteur quant à la personne à payer, il importait d'établir un lien entre la notification et le partenaire contractuel que connaissait le débiteur, à savoir le cédant. Pour ce qui est de la question du "pouvoir" du cessionnaire, on a déclaré que les intérêts du cédant en la matière étaient traités comme il convient dans le projet d'article 7 relatif à la rupture du contrat de financement, qui dispose que le cessionnaire peut aviser le débiteur "lorsqu'il en est ainsi convenu" ou si le cédant ne s'acquitte pas de son obligation en vertu du contrat sous-jacent de financement par cession de créances.

121. Selon un autre avis, en exigeant que le cessionnaire soit autorisé par le cédant à donner notification, on risquerait de créer des problèmes, par exemple dans le cas où le cédant refuserait ou ne serait pas à même d'autoriser ainsi le cessionnaire, car il aurait été déclaré insolvable après la cession. A l'appui de cet avis, il a été noté que le projet d'article 7 n'était peut-être pas suffisant, en ce sens que le cédant et le cessionnaire pourraient, par inadvertance, avoir omis d'indiquer dans leur convention quand le cessionnaire pourrait notifier de manière indépendante et que, dans le cas de la vente de créances, le cessionnaire pourrait avoir intérêt à notifier, que le cédant se soit ou non acquitté de ses obligations en vertu du contrat de financement sous-jacent. En outre, il a été déclaré que le paragraphe 3 pourrait permettre d'éviter au débiteur toute incertitude sur le point de savoir si le cessionnaire adressant la notification était le cessionnaire légitime, car le débiteur, en cas de doute, pouvait demander au cessionnaire d'apporter une preuve appropriée de la cession.

122. Le Groupe de travail est convenu qu'afin de traiter des problèmes qui avaient été soulevés, il faudrait relier plus étroitement les paragraphes 2 *a)* et 3. Il a été noté que le texte révisé devrait disposer que le cessionnaire avait le droit d'aviser le débiteur de manière indépendante et, dans le même temps, donner au débiteur le droit, s'il le souhaitait, de demander au cessionnaire de lui fournir une preuve appropriée de la cession. Toutefois, l'attention du Groupe de travail a été appelée sur la nécessité d'éviter d'imposer au débiteur la charge d'avoir à demander des preuves additionnelles, ou de l'exposer au risque de mal interpréter les faits et d'avoir à payer deux fois. En outre, on a noté qu'il fallait faire preuve de prudence en combinant les paragraphes 2 *a)* et 3, car cela pourrait conduire à n'autoriser le débiteur à demander des informations additionnelles que dans les cas où il y avait notification indépendante de la part du cessionnaire.

Alinéa b)

123. Conformément à la décision prise par le Groupe de travail lors de l'examen du projet d'article 4 (cessions globales), aux termes de laquelle la cession de créances futures serait possible à condition que les créances puissent être identifiées comme étant des créances faisant l'objet de la cession, il a été convenu que la notification ne devrait pas nécessairement identifier les créances avec exactitude. Toutefois, on s'est demandé si les mots "identifie raisonnablement" transcrivaient bien cette idée, étant donné notamment que le terme "raisonnablement" ne serait pas compris partout de la même manière. Bien qu'il ait été proposé de supprimer ce terme ou de le remplacer par un terme plus clair, il a été jugé dans l'ensemble que l'on pourrait le conserver, afin de tenir compte du cas des créances futures qui ne pouvaient être identifiées avec exactitude et pour des raisons de conformité terminologique avec la Convention sur l'affacturage. Pour ce qui est de la forme, il a été proposé de remplacer les mots "le cessionnaire" par un terme plus général, par exemple "la personne". Sous réserve de l'observation mentionnée au paragraphe 117 ci-dessus, le Groupe de travail a jugé que l'alinéa *b)* était acceptable quant au fond.

124. Après avoir achevé son examen des paragraphes 2 et 3, le Groupe de travail a étudié une autre question : la notification du débiteur ne devrait-elle porter que sur les créances découlant de contrats conclus soit avant la notification, soit au moment de la notification, restriction que l'on trouve à l'article 8-1 *c)* de la Convention sur l'affacturage ?

125. On a estimé que, si une telle règle était adoptée, les éléments de la notification portant sur des créances futures découlant de contrats conclus ultérieurement ne feraient pas partie de la notification et, de ce fait, le débiteur ne serait pas tenu de payer le cessionnaire au titre de ces créances. Il a été noté qu'une telle approche serait particulièrement néfaste, car elle pourrait avoir pour conséquences d'entraver un certain nombre d'importantes pratiques en matière de financement par cession de créances; de ce fait, le Groupe de travail a choisi de ne pas retenir cette restriction.

Paragraphe 4

126. On a rappelé que le paragraphe 4 s'inspirait des articles 2 a) et 5 du projet de Loi type de la CNUDCI sur certains aspects juridiques de l'échange de données informatisées (EDI) et des moyens connexes de communication, qui définissaient l'équivalent fonctionnel de l'"écrit" dans un contexte électronique. Le Groupe de travail a considéré que le paragraphe 4 était dans l'ensemble acceptable quant au fond.

Paragraphe 5

127. S'agissant du début du paragraphe 5 ("que la cession ait été effectuée par écrit ou non"), on a noté que ce projet de disposition avait été rédigé en prenant comme hypothèse que le projet de règles uniformes n'imposerait aucune exigence de forme pour la cession de créances. Compte tenu des délibérations du Groupe de travail sur la forme de la cession (voir par. 75 à 79 ci-dessus), on a noté que le libellé du paragraphe 5 devrait peut-être être remanié pour tenir compte des variantes qui seraient élaborées à ce sujet.

128. S'agissant de la disposition de fond qui figure au paragraphe 5, on a été généralement d'avis que ce paragraphe visait essentiellement à éviter d'imposer aux parties l'obligation de notifier tout le contrat de cession. La teneur minimale acceptable d'une "notification par écrit", telle que prévue au paragraphe 2, est une déclaration écrite concernant l'existence de la cession et identifiant clairement les créances cédées et la personne que devait payer le débiteur. Au niveau de la rédaction, on a généralement pensé que le renvoi aux conditions minimales définies au paragraphe 2 devrait être plus explicite.

Paragraphe 6

129. Divers arguments ont été avancés en faveur de la suppression totale ou partielle du projet de paragraphe 6. Selon l'un des points de vue exprimés, le paragraphe 6 ne faisait qu'énoncer une évidence et, pour cette raison, devrait être supprimé. Selon un autre point de vue, le paragraphe 6 devrait être supprimé conformément à la suggestion qui avait été faite de ne pas inclure dans le projet de règles uniformes des dispositions sur des questions de droit international privé (voir par. 187 à 187 ci-après). Selon un autre point de vue encore, les mots "toute autre loi applicable" qui figurent à la fin du paragraphe 6 pourraient donner lieu à des erreurs d'interprétation dans la mesure où ils pourraient être pris à tort comme faisant allusion aux règles du droit international privé. Conformément à ce point de vue, il a été proposé de supprimer, au paragraphe 6, le membre de phrase "ou à toute autre loi applicable".

130. On a toutefois généralement pensé qu'une disposition telle que le paragraphe 6 était nécessaire car l'effet libérateur du paiement devrait être reconnu dans le projet de règles uniformes. S'agissant de la manière dont cette question devrait être traitée, on a noté que le paragraphe 1, qui concernait la possibilité pour le débiteur de payer le cédant, disait expressément qu'en payant le cédant, le débiteur se libérait de son obligation. Le paragraphe 2 ne faisait pas état de cette libération lorsque le paiement était fait au cessionnaire après que le débiteur ait reçu notification de la cession. Il a été suggéré qu'une disposition dans ce sens pourrait être insérée au paragraphe 2.

131. On a fait valoir que, malgré l'utilité que pourrait avoir l'inclusion aux paragraphes 1 et 2, de la façon proposée plus haut, d'allusions à la libération du débiteur de son obligation, cela ne préciserait peut-être pas suffisamment la question de la libération dans le cadre du projet de règles uniformes. Par exemple, au cas où le débiteur connaîtrait l'existence de la créance bien que n'en ayant pas reçu notification et déciderait de payer le cessionnaire, cas qui a été envisagé dans le contexte du paragraphe 1, la question de la libération ne serait pas résolue. En outre, on a indiqué qu'une référence générale à la possibilité d'obtenir une libération pour des motifs juridiques en dehors du projet de règles uniformes était indispensable pour éviter le risque que les mécanismes

de libération mis en place par le projet de règles uniformes ne soient interprétés à tort comme étant exclusifs. On a noté que le membre de phrase "sans préjudice de toute autre forme de paiement également libératoire" avait précisément pour cette raison été incorporé au paragraphe 2 de l'article 8 de la Convention sur l'affacturage. Il a été suggéré que l'on pourrait envisager d'insérer une disposition analogue dans le projet de règles uniformes. Après délibération, le Groupe de travail a décidé que le texte révisé qui serait élaboré devrait traiter des effets libératoires du paiement du cessionnaire par le débiteur dans le cadre du projet de règles uniformes, sans exclure d'autres motifs pour lesquels le débiteur qui paie le cessionnaire pourrait être libéré de son obligation.

2. Exceptions du débiteur

132. Le Groupe de travail a examiné la question des exceptions du débiteur en se fondant sur le projet d'article ci-après :

"Projet d'article 10. Exceptions du débiteur

1. Lorsque le cessionnaire forme contre le débiteur une demande de paiement des créances cédées, le débiteur peut invoquer contre le cessionnaire toutes les exceptions découlant du contrat initial qu'il aurait pu invoquer si la demande avait été présentée par le cédant.
2. Nonobstant les dispositions du paragraphe 1, les exceptions que le débiteur aurait pu invoquer contre le cédant pour violation d'une clause de non-cession ne peuvent être invoquées par le débiteur contre le cessionnaire.
3. Le débiteur peut exercer contre le cessionnaire tout droit à compensation sur la base de droits ou actions existants contre le cédant en faveur duquel la créance est née, et qu'il peut invoquer au moment où la notification de la cession, conformément à l'article 9, a été donnée au débiteur."

Paragraphe 1

133. Le paragraphe 1, qui énonce un principe jugé indispensable pour assurer la protection du débiteur dans le contexte du financement par cession de créances, à savoir le principe selon lequel la cession ne devrait pas avoir un effet préjudiciable sur la position juridique du débiteur, a recueilli un appui général.

Paragraphe 2

134. Des préoccupations analogues à celles qui avaient été exprimées lors de l'examen par le Groupe de travail du paragraphe 2 du projet d'article 4 (clauses de non-cession) ont été exprimées au sujet du paragraphe 2 de l'article 10 (voir par. 66 à 68 ci-dessus). En outre, on a fait valoir que dans son libellé actuel, le paragraphe 2 ne protégerait pas le cessionnaire contre les exceptions que le débiteur pourrait invoquer sur la base d'une rupture de contrat de caractère délictueux. On a proposé à cet égard que le débiteur puisse invoquer contre le cessionnaire les exceptions fondées sur une rupture délictueuse du contrat initial par le cédant si la législation nationale le permettait. On a fait observer que cette difficulté serait éliminée si le texte qui serait élaboré comportait une disposition infirmant les clauses de non-cession, bien que le Groupe de travail, a-t-on rappelé, ne s'était pas dans l'ensemble rallié à l'inclusion d'une telle disposition au cours d'un stade antérieur de la discussion. Le Groupe de travail a décidé que le paragraphe 2 devrait être réexaminé à une étape ultérieure à la lumière du projet révisé de disposition sur les clauses de non-cession.

Paragraphe 3

135. Bien qu'il ait été jugé acceptable en principe, le paragraphe 3 a toutefois suscité un certain nombre de questions. En premier lieu, on s'est demandé s'il était nécessaire de limiter le droit à compensation du débiteur contre le cessionnaire aux droits existants au moment de la notification. En réponse à cette question, on a indiqué que cette disposition était nécessaire pour protéger le cessionnaire contre les tractations qui pourraient avoir lieu entre le cédant et le débiteur sans que le cessionnaire en ait connaissance. On a ajouté que cela était particulièrement souhaitable dans le cas des pratiques dans lesquelles une multiplicité de prêteurs financiers

des créances découlant du même contrat ou dans lesquelles un prêteur finançait une multiplicité de contrats entre diverses parties. Une autre question soulevée concernait la question de savoir si le débiteur ayant reçu une notification devrait être tenu de faire part des exceptions dont il bénéficiait au cessionnaire. Une autre question encore concernait la portée du droit à compensation, point sur lequel les systèmes juridiques variaient considérablement. A cet égard, on a fait observer que le droit à compensation pourrait être laissé à la législation nationale en raison de sa complexité et du fait qu'il était évident dans le droit international privé que les règles applicables au droit à compensation étaient celles qui étaient applicables aux créances sur lesquelles portait la cession.

3. *Renonciation aux exceptions*

136. Le Groupe de travail a examiné, en se fondant sur le projet d'article ci-après, la question de la renonciation par le débiteur à ses exceptions fondées sur le contrat initial entre le cédant et le débiteur :

"Projet d'article 11. *Renonciation aux exceptions*

La renonciation par le débiteur aux exceptions qu'il pourrait invoquer contre le cessionnaire en vertu de l'article 10 est valide [pour ce qui est des exceptions dont le débiteur savait ou aurait dû savoir au moment de la renonciation qu'il pouvait les invoquer]."

137. Le Groupe de travail a noté que la renonciation par le débiteur aux exceptions fondées sur le contrat initial constituait un important moyen de réduire les incertitudes pour les créanciers dans le contexte du financement par cession de créances. Le Groupe de travail a alors examiné plusieurs aspects du projet de disposition.

138. On a étudié si la disposition devrait préciser le moment où le débiteur renoncerait à ses exceptions. Il a été proposé de faire référence à cet égard au moment de la conclusion du contrat initial entre le débiteur et le cédant. Il a été noté que c'était normalement à ce moment que le débiteur renonçait à ses exceptions et que l'on pouvait déterminer les conditions de crédit que le cessionnaire offrirait au cédant, ce qui à son tour pouvait avoir des incidences sur les conditions de crédit offertes au débiteur. Il a toutefois été noté que, dans certains cas, qui n'étaient peut-être pas si rares, il y aurait renonciation, ou modification d'une renonciation antérieure, après la conclusion du contrat initial entre le débiteur et le cédant. On a convenu qu'il n'y avait pas de raison d'interdire une telle pratique.

139. Il a été proposé d'inclure dans le projet de disposition une référence à la notion d'"acceptation" de la renonciation par le cessionnaire. On a avancé qu'une telle mesure, qui pourrait être incorporée sous forme d'option, et non sous forme d'exigence, pourrait être appropriée dans le cas des créances uniques, mais ne le serait probablement pas dans le cas des cessions globales faisant intervenir une multiplicité de débiteurs. Elle se justifiait par le fait qu'elle offrait une technique permettant de réduire pour le cessionnaire les incertitudes entourant une cession de créances, ce qui augmenterait l'intérêt de la cession en tant qu'outil de financement.

140. Il a été noté que les avis divergeaient dans la pratique quant à l'effet d'une telle acceptation. Selon un avis, l'acceptation avait des incidences sur les effets de la renonciation elle-même, alors que selon un autre avis, l'acceptation n'était qu'un accusé de réception de la renonciation. On a également craint qu'en incluant une référence à l'acceptation par le débiteur, on ne réduise l'utilité d'une disposition reconnaissant les effets d'une renonciation à des exceptions.

141. Des préoccupations similaires ont été exprimées à propos du texte entre crochets à la fin du projet de disposition limitant la renonciation aux exceptions dont le débiteur savait ou aurait dû savoir au moment de la renonciation qu'il pouvait les invoquer. Il a été jugé qu'une telle référence introduirait trop d'incertitudes, serait trop subjective et contraindrait peut-être le cessionnaire à enquêter sur la connaissance qu'avait le débiteur, ce qui pourrait avoir des incidences néfastes sur le coût du crédit.

142. Durant le débat, il a été demandé si une renonciation aux exceptions était "définitive" ou, en d'autres termes, "irrévocable". En réponse, le Groupe de travail a indiqué que, telle qu'il l'entendait, une renonciation devait être réputée définitive ou irrévocable pour être utile commercialement et juridiquement certaine. Il a été

noté qu'une telle interprétation était justifiée par le fait que souvent, le crédit offert sur la base d'une cession de créances supposait une renonciation aux exceptions. On a jugé qu'il pourrait être utile de préciser dans le texte la notion d'irrévocabilité.

143. Pour ce qui est de la forme, il a été proposé d'ajouter une référence au caractère "explicite" de la renonciation. Selon une autre proposition, il fallait indiquer que les renonciations devaient être "admissibles" plutôt que "valides", de manière à ne pas donner l'impression que cette disposition traitait de la validité de la renonciation aux exceptions.

144. L'attention du Groupe de travail a été appelée sur le fait qu'aux termes de l'article 30-1 c) de la Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux, il est fait exception à la protection du porteur protégé dans les cas de manoeuvres frauduleuses et de contrainte. On a suggéré que le texte actuel ne devrait pas offrir au cessionnaire, dans ces cas, une protection plus grande que celle dont bénéficie le porteur protégé en vertu de la Convention visée ci-dessus. On a appuyé une interprétation en ce sens de la disposition, qui prévoirait que le débiteur ne peut renoncer aux exceptions qui seraient liées à une fraude ou à une contrainte. On a précisé à cet égard que le texte ne visait pas à éliminer toute autre loi applicable aux questions tenant à la validité d'une renonciation aux exceptions.

4. *Recouvrement d'avances*

145. Le Groupe de travail a ouvert le débat sur le recouvrement d'avances payées par le débiteur au cessionnaire en se fondant sur le projet d'article ci-après :

"Projet d'article 12. *Recouvrement d'avances*

Sans préjudice des droits du débiteur en vertu de l'article 10, la non-exécution ou une exécution défectueuse ou tardive du contrat initial par le cédant n'habilite pas en soi le débiteur à recouvrer une somme payée par lui au cessionnaire, étant entendu que le débiteur a le droit de recouvrer cette somme auprès du cédant."

146. Le Groupe de travail a appuyé l'idée énoncée dans cette disposition, selon laquelle le débiteur ne devrait pas pouvoir recouvrer les avances payées au cessionnaire avant l'exécution par le cédant du contrat initial en raison uniquement du défaut d'exécution du contrat par ce dernier. On a fait observer que le projet de disposition ne prévoyait pas d'exceptions à cette règle du type de celles qui figuraient dans la disposition correspondante de la Convention sur l'affacturage (art. 10). Dans ces exceptions figuraient le cas où le cessionnaire n'avait pas payé ou prêté au cédant les montants qui étaient exigés dans le contrat de financement et le cas où le cessionnaire avait connaissance du défaut d'exécution par le cédant du contrat initial. Il a été entendu que les exceptions de ce type étaient propres au cas particulier de l'affacturage, dans lequel une garantie d'exécution était généralement donnée par l'affactureur et si on tenait compte de ces exceptions dans le texte général en cours d'élaboration, on créerait des obstacles à toute une série de mécanismes de financement utilisés dans la pratique.

147. On a aussi noté que l'approche générale adoptée dans le texte examiné, qui était acceptable pour le Groupe de travail, était que le débiteur, après la cession, conserverait ses moyens de défense contre le cédant et qu'il n'était pas nécessaire d'y ajouter un moyen de défense contre le cessionnaire.

148. Le Groupe de travail a ensuite examiné la réserve figurant à la fin du projet de disposition, qui préservait le droit du débiteur de recouvrer auprès du cessionnaire les avances payées en cas de défaut d'exécution du contrat par le cédant, lorsque le débiteur n'a aucun moyen de recours contre le cédant. Le Groupe de travail a jugé qu'il serait préférable de prévoir séparément une règle positive tendant à ce que le débiteur ait le droit de recouvrer auprès du cédant le montant des avances versées au cessionnaire.

K. Effets de la cession sur des tiers

149. Le Groupe de travail a entrepris d'étudier les effets de la cession sur des tiers, sur la base d'un projet d'article libellé comme suit :

"Projet d'article 14. *Priorités*

1. *Variante A*

Le premier cessionnaire a la priorité sur les cessionnaires ultérieurs, sur les créanciers du cédant [et, sous réserve de la législation des faillites applicable, sur l'administrateur judiciaire du cédant] pour ce qui est des créances cédées.

Variante B

Le premier cessionnaire à aviser le débiteur en application de l'article 9 a la priorité sur les cessionnaires ultérieurs, sur les cessionnaires antérieurs n'ayant pas avisé le débiteur ou l'ayant avisé ultérieurement, sur les créanciers du cédant [et, sous réserve de la législation des faillites applicable, sur l'administrateur judiciaire du cédant] pour ce qui est des créances cédées.

Variante C

Le premier cessionnaire à enregistrer, auprès d'un registre public situé sur le territoire où se trouve l'établissement du cédant, une déclaration simplifiée identifiant raisonnablement le cédant, le cessionnaire et les créances cédées, a la priorité sur les cessionnaires ultérieurs et sur les cessionnaires antérieurs n'ayant pas procédé à cet enregistrement, ou l'ayant fait ultérieurement, sur les créanciers du cédant [et, sous réserve de la législation des faillites applicable, sur l'administrateur judiciaire du cédant] pour ce qui est des créances cédées.

Variante D

Le premier cessionnaire, ou le premier cessionnaire à notifier la cession au débiteur, ou le premier cessionnaire à enregistrer une déclaration simplifiée auprès d'un registre public, a la priorité sur les cessionnaires ultérieurs et sur les créanciers du cédant, en fonction de la loi de l'Etat où le [cédant] [débiteur] a son établissement.

2. La règle énoncée au paragraphe 1 ne s'applique pas dans les cas suivants :

...”

Paragraphe 1

Remarques générales

150. Il a été noté d'emblée que la cession, en tant que moyen de transférer la propriété de créances, pouvait avoir des effets sur des tiers, par exemple plusieurs cessionnaires en concurrence, des créanciers du cédant et le syndic de la faillite du cédant. Pour l'essentiel, il pouvait y avoir conflit de priorités dans deux cas : en cas de conflit entre plusieurs cessionnaires, en raison de cessions multiples des mêmes créances du fait d'une fraude ou d'un acte abusif du cédant, et en cas de conflit entre le cessionnaire et les créanciers du cédant, y compris le syndic de l'insolvabilité du cédant. S'il a été convenu que les règles uniformes devraient traiter du cas où les créances étaient cédées frauduleusement à plus d'un cessionnaire, le débat a porté essentiellement sur le cas où le cédant était devenu insolvable, ce qui, a-t-on déclaré, posait des problèmes plus sérieux dans la pratique.

151. Selon un avis, lorsqu'il traiterait des questions de priorités, par le biais soit d'un mécanisme d'enregistrement, soit d'un système de notification, le projet de règles uniformes devrait disposer que le cessionnaire se verrait accorder le statut de créancier privilégié aux fins de la procédure d'insolvabilité. Si cela était souhaitable afin de promouvoir le financement par cession de créances, il a été jugé qu'une telle solution ne serait pas possible. D'une part, du fait des divergences quant au statut des créanciers privilégiés dans les lois nationales en vigueur et de l'existence de considérations de droit administratif et d'ordre public, il serait impossible de faire simplement référence dans le projet de règles uniformes au statut des créanciers privilégiés

en vertu de la loi nationale. D'autre part, toute tentative de donner un statut uniforme aux créanciers privilégiés dans les règles uniformes se heurterait aux mêmes considérations de droit administratif et d'ordre public et risquerait de nuire fortement à l'acceptabilité du projet de règles uniformes. Après un débat, il a été convenu que la question du statut du cessionnaire en cas de procédure d'insolvabilité devrait sans doute être examinée plus avant lors d'une session ultérieure, compte tenu notamment des travaux entrepris par le Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité.

152. Il a été noté que les systèmes juridiques divergeaient sur le point de savoir si les effets de la cession sur des tiers découlaient de la cession elle-même ou dépendaient d'un acte additionnel, tel que la notification du débiteur ou l'enregistrement de la cession, divergences qui ressortaient des variantes proposées. La Variante A offrait une règle simple, qui présentait toutefois l'inconvénient d'offrir aux tiers une protection très réduite, voire de ne leur offrir aucune protection; la Variante B posait des problèmes, car les tiers devraient identifier les débiteurs, afin d'obtenir des informations sur d'éventuelles cessions, ce qui pourrait être très difficile, notamment dans le contexte du financement par cession de créances; la Variante C se fondait sur un système de publicité approprié, qui permettrait aux parties de déterminer, avec un degré de certitude et de prévisibilité considérable, si elles pouvaient offrir un crédit sur la base des créances, mais on pouvait se demander s'il serait possible de mettre sur pied un système international d'enregistrement; la Variante D énonçait en fait une règle de droit international privé fondée sur l'établissement du cédant ou du débiteur.

153. Le Groupe de travail a procédé à un échange de vues général. Il a été convenu qu'un système de publicité approprié était un élément essentiel si l'on voulait établir un cadre juridique efficace pour le financement par cession de créances. On a déclaré que les incertitudes liées à la question des priorités augmenteraient le risque pour le cessionnaire de ne pas obtenir de paiement, ce qui aurait à son tour des incidences sur le coût du crédit. Ainsi, le cessionnaire devrait répercuter ce coût sur le cédant et le cédant sur le débiteur. Il a également été déclaré qu'un système de publicité approprié était essentiel si l'on voulait assurer l'accès des petites et moyennes entreprises aux marchés financiers.

Variantes A à D

154. Le Groupe de travail s'est fondé sur le texte des variantes proposées pour déterminer ce que pourrait être un système de publicité approprié. Un certain appui a été exprimé en faveur de la Variante A : en effet, une règle donnant la priorité au premier cessionnaire (en temps réel) présenterait l'avantage de la simplicité. Si une telle approche était retenue, les tiers tendraient à être protégés par la connaissance générale qu'ils auraient des contrats de financement par cession de créances sur le marché considéré. Un certain appui a été également exprimé en faveur de la Variante B. En effet, diverses juridictions appliquaient la règle du "premier cessionnaire à aviser le débiteur". Toutefois, selon un avis, cette approche présentait notamment l'inconvénient de transformer le débiteur en un registre des notifications. Si aucun appui n'a été exprimé en faveur de la Variante D, il a été jugé dans l'ensemble qu'elle ne devrait pas être supprimée à ce stade et que l'on pourrait revenir ultérieurement sur les mérites d'une approche fondée sur des mécanismes de droit international privé.

155. La mise en place d'un mécanisme d'enregistrement, comme le prévoyait la Variante C, a reçu un accueil favorable. Il a été déclaré qu'une règle fondée sur l'enregistrement présenterait l'avantage d'offrir aux tiers un système de notification, ce qui aurait pour effet que le premier cessionnaire à enregistrer la cession aurait la priorité. Sous réserve de la législation des faillites applicable, ce cessionnaire prévaudrait sur les créanciers du cédant si l'enregistrement était effectué avant la saisie et sur le syndic si l'enregistrement était effectué avant l'ouverture ou la prise d'effet de la procédure d'insolvabilité.

156. Toutefois, diverses préoccupations ont été exprimées à propos de ce système d'enregistrement. Selon un avis, dans certains pays, la notion d'enregistrement des cessions ne serait peut-être pas acceptable. Il a été répondu que, si l'on pouvait s'opposer à l'enregistrement pour des raisons théoriques, il fallait tenir compte du fait qu'une telle solution permettrait sans doute d'augmenter le montant des crédits disponibles sur la base de créances, de même que le nombre de parties ayant accès à de tels crédits. Selon un autre avis, le coût d'un tel système d'enregistrement pourrait constituer un obstacle pour les petites entreprises. Il a été répondu que le recours à l'électronique ces dernières années avait permis de réduire considérablement le coût de l'enregistrement. Il a également été noté qu'en vertu du projet de disposition actuel, seule une déclaration simplifiée devrait être

enregistrée, ce qui serait moins coûteux que l'enregistrement de tous les détails de chaque cession. Selon un autre avis encore, dans certains cas, les parties ne seraient peut-être pas disposées à utiliser un système d'enregistrement, par exemple pour certaines opérations à court terme conclues à des fins de refinancement, pour quelques heures ou quelques jours seulement. On a également mentionné le cas où les parties ne souhaitaient pas enregistrer, afin de préserver la confidentialité de la cession. A ce propos, on a appuyé une proposition selon laquelle le projet de règles uniformes devrait limiter aux parties intéressées le droit d'accès à l'information enregistrée.

157. Etant donné que les parties ne voudraient peut-être pas recourir à l'enregistrement, on a estimé que, si un mécanisme d'enregistrement était prévu dans le projet de règles uniformes, il faudrait préciser, dans une disposition, le statut des cessions qui n'auraient pas été enregistrées. Il faudrait en particulier indiquer clairement si l'enregistrement est une condition de la validité de la cession ou simplement un moyen de prouver la cession et de régler la question des priorités. A cet égard, on a appuyé une suggestion tendant à ce que le projet de règles uniformes prévoie la possibilité de l'enregistrement, mais n'en fasse pas une condition de la validité de la cession. Conformément à cette suggestion, un cessionnaire qui aurait enregistré une déclaration simplifiée aurait la priorité sur celui qui n'en n'aurait pas enregistré ou l'aurait fait plus tard. A titre de règle supplétive, en l'absence d'enregistrement, le premier cessionnaire aurait la priorité.

158. A propos de la question de savoir si un système de publicité devrait être fondé sur un registre international ou s'il devrait l'être sur les registres nationaux qui existent, on a donné la préférence à la première solution. On a fait observer qu'un registre international pourrait faciliter à la fois l'enregistrement et l'accès aux informations enregistrées, tandis qu'un système fondé sur les registres nationaux relié à un système international de communications pourrait faciliter l'accès aux informations enregistrées mais ne faciliterait pas l'enregistrement.

159. Selon un avis, le Groupe de travail n'avait pas suffisamment de renseignements sur les questions juridiques et les détails techniques (par exemple, le coût et le mode de fonctionnement) liés à la création d'un registre mondial. A cet égard, on a fait observer que l'enregistrement avait été traité brièvement dans le document A/CN.9/397 (par. 43 à 51), mais que le secrétariat procédait actuellement à une étude sur l'enregistrement, qui touchait aux travaux des Groupes de travail sur les pratiques en matière de contrats internationaux et sur l'échange de données informatisées. On est convenu qu'il faudrait reprendre l'examen des questions d'enregistrement à un stade ultérieur, compte tenu de la teneur de cette étude. A propos du registre mondial, on a mis en garde contre le fait que, si on pouvait en accepter l'idée au cas où l'instrument à élaborer porterait sur les cessions de créances internationales, en revanche on pourrait créer des problèmes si on essayait d'y englober les cessions internationales de créances nationales. On a aussi fait observer qu'il faudrait, selon toute probabilité, établir le cadre juridique d'un registre mondial sous forme de convention et non de loi type.

160. Le Groupe de travail a été informé des travaux qu'UNIDROIT consacrait à l'élaboration d'un projet de convention sur les sûretés internationales grevant le matériel susceptible d'être déplacé d'un pays à un autre. On a fait observer que le projet de convention créerait une nouvelle sûreté internationale dans ce domaine et que les effets qu'elle produirait à l'égard des tiers seraient fondés sur l'enregistrement international. On a aussi déclaré qu'un groupe d'étude avait été créé pour examiner les questions liées à cette forme d'enregistrement. Tout en considérant qu'il était souhaitable de coordonner les travaux avec ceux d'UNIDROIT, on a été largement d'avis que l'enregistrement des sûretés grevant le matériel susceptible d'être déplacé d'un pays dans un autre, qui était envisagé dans le projet d'UNIDROIT, ne posait pas les mêmes problèmes pratiques ni juridiques que l'enregistrement des cessions de créances.

Paragraphe 2

161. On a noté que le paragraphe 2 visait à exclure d'une règle sur les priorités certains cas particuliers dans lesquels il pourrait ne pas être justifié de donner la préférence à un cessionnaire selon un ordre chronologique. A titre d'exemple, on a cité le cas du vendeur qui conservait la propriété des biens vendus jusqu'à ce que le prix en soit intégralement payé et qui, en même temps, était le cessionnaire du produit futur de la revente des biens par l'acheteur dans le cadre de ses activités.

162. Des vues différentes ont été exprimées sur le point de savoir si le paragraphe 2 devrait être maintenu. Pour justifier le maintien du paragraphe, on a fait valoir que le concept de priorité n'était pas utile dans tous les cas et qu'il faudrait énumérer certaines exceptions (par exemple, le conflit entre un fournisseur de matériaux et une banque de crédit). En ce qui concerne la forme, on a suggéré de préciser, si le paragraphe 2 était maintenu, que les exclusions se réfèreraient uniquement au paragraphe 1 et n'empêcheraient pas l'application de la loi nationale à ces cas, même si cette loi contenait la même règle de priorités que celle qui serait énoncée au paragraphe 1.

163. Pour justifier la suppression du paragraphe 2, on a indiqué qu'une telle disposition risquait de rendre incertaine la règle des priorités énoncée au paragraphe 1 dans la mesure où certains cas seraient laissés à la loi nationale applicable, les lois nationales pouvant être très différentes selon les pays. En outre, on a signalé que, si on adoptait une approche fondée sur une liste d'exclusions à la règle des priorités du paragraphe 1, il serait moins facile de prévoir quel serait le cessionnaire prioritaire, ce qui entraînerait une augmentation du coût du crédit pour le cédant et, finalement, pour le débiteur. De plus, ces exclusions pourraient avoir une incidence négative sur les pratiques selon lesquelles un crédit pourrait être accordé à un vendeur sur la base de créances. Au lieu d'énumérer les cas exclus tels que ceux dans lesquels un conflit de priorités surviendrait entre un fournisseur de matériaux et une banque, on a suggéré de mettre au point une règle de priorités tendant à ce que, par exemple, le fournisseur informe la banque pour lui permettre d'éviter d'accorder un crédit au vendeur sur la base de créances cédées au fournisseur.

164. De plus, on a fait observer qu'une disposition sur le modèle du paragraphe 2 poserait le problème d'avoir à opérer le classement des créances autrement qu'en fonction de leur rang de priorité (par exemple, "privilèges"), ce qui devrait être laissé à la loi nationale applicable. Dans le même ordre d'idée, on a suggéré de distinguer les conflits de priorité entre plusieurs cessionnaires des conflits entre le cessionnaire et les créanciers du cédant, ce qui pourrait inclure les créances du Trésor public et les créances salariales. A cet égard, on a fait observer qu'il faudrait préciser que le projet de règles uniformes ne devait pas aborder la question du classement des créances en fonction de la priorité ni celle des créances du Trésor public ou des créances salariales.

L. Cessions subséquentes

165. Le Groupe de travail a entamé l'examen des cessions subséquentes, c'est-à-dire des cessions effectuées par le premier cessionnaire ou tout cessionnaire subséquent et des cessions effectuées par le cédant à plusieurs cessionnaires, en se fondant sur le projet d'article ci-après :

"Projet d'article 15. Cessions ultérieures

1. Les présentes règles s'appliquent à toute cession des mêmes créances par le cédant à plusieurs cessionnaires, ou par le premier cessionnaire, ou tout autre cessionnaire, à des cessionnaires ultérieurs, à condition que [la première] [cette] cession soit régie par les présentes règles.
2. En cas de cessions ultérieures par le cédant, le débiteur est libéré de son obligation lorsqu'il paie le premier cessionnaire lui adressant notification en application de l'article 9 et peut invoquer contre le cessionnaire les exceptions prévues à l'article 10.
3. En cas de cessions ultérieures par le premier cessionnaire ou tout autre cessionnaire, les dispositions des articles 9 à 12 s'appliquent comme si le cessionnaire ultérieur était le premier cessionnaire. Toutefois, le débiteur ne peut exercer à l'encontre d'un cessionnaire ultérieur des droits de compensation sur la base de créances existant à l'encontre d'un cessionnaire antérieur.
4. Toute cession ultérieure par le premier cessionnaire ou par tout autre cessionnaire ultérieur produit ses effets nonobstant tout accord entre le premier cédant et le premier cessionnaire ou entre des cessionnaires ultérieurs interdisant ou limitant une telle cession.
5. Sous réserve des dispositions de l'article 9, l'invalidité d'une cession intermédiaire rend invalide la cession finale."

Paragraphe 1

166. On a généralement pensé que le paragraphe 1 traduisait le principe valable désigné sous le nom de *perpetuatio juris*, à savoir que les mêmes règles devraient s'appliquer à une succession de cessions. On a toutefois noté que le paragraphe 1 prévoyait différents cas de cessions subséquentes, y compris celles effectuées par le premier cessionnaire ou tout cessionnaire subséquent à des fins de refinancement ("cessions successives"), de même que les cessions effectuées par le cédant à plusieurs cessionnaires en raison d'un acte frauduleux ou abusif ("cessions doubles").

167. Selon un avis largement partagé, les cessions successives devraient faire l'objet du paragraphe 1, la question des cessions doubles étant traitée séparément. En outre, on a fait valoir que les cessions frauduleuses ou involontaires effectuées par le cédant à deux cessionnaires ou plus soulevaient essentiellement une question de priorité ou de validité étant donné qu'après la cession initiale, le cédant n'avait plus le droit de céder à nouveau les créances.

168. On s'est demandé si la cession d'éléments distincts d'un ensemble de créances ou d'intérêts indivis sur un ensemble de créances effectuée par le même cédant à plusieurs cessionnaires devrait être couverte (par exemple les cessions dans lesquelles le capital d'un prêt est cédé à un cessionnaire alors que les intérêts sont cédés à un autre). On a noté que la définition du terme "créance" pourrait être révisée afin d'y inclure des éléments de créances. Toutefois, compte tenu du caractère hautement spécialisé des opérations complexes de refinancement dans lesquelles de telles cessions de créances sont effectuées, il a été suggéré qu'il conviendrait d'examiner plus avant si le projet de règles uniformes devrait porter sur cette question (voir par. 180 à 184 ci-après).

Paragraphe 2

169. On a noté que le paragraphe 2 traitait de la question de la protection du débiteur en cas de notifications multiples de cessions doubles émanant de plusieurs cessionnaires. Le Groupe de travail a jugé que le paragraphe 2 était acceptable dans la mesure où le débiteur ne pouvait pas être tenu de décider lequel parmi plusieurs cessionnaires avait la priorité et devrait disposer d'une indication claire de la personne à payer pour se libérer de son obligation. Pour ce qui est de la rédaction, on a suggéré que le paragraphe 2 devrait être aligné sur le paragraphe 2 révisé du projet d'article 9 (obligation de paiement du débiteur), ou être fusionné avec lui, afin d'éviter tout chevauchement.

Paragraphe 3

170. On a noté que le paragraphe 3 traitait de la protection du débiteur en cas de cessions successives par le premier cessionnaire ou tout cessionnaire subséquent en posant comme principe que la position juridique du débiteur ne devrait pas être aggravée ou améliorée par suite d'une cession subséquente.

171. Une question a été soulevée quant à l'opportunité d'exclure les droits à compensation que le débiteur pourrait avoir à l'encontre d'un "cessionnaire antérieur". En réponse à cette question, il a été précisé que, compte tenu du paragraphe 3 du projet d'article 10 (exceptions du débiteur et compensation), celui-ci pouvait faire valoir des droits à compensation contre le cédant initial. On a ajouté que, si un débiteur était en mesure d'accumuler des exceptions au titre d'opérations distinctes avec divers cessionnaires dans une chaîne de cessions successives, cessions dont le cessionnaire final n'avait aucun moyen d'avoir connaissance, cela influencerait défavorablement sur l'utilité commerciale des cessions ultérieures. On a fait valoir que le débiteur devrait être en mesure de faire valoir des droits à compensation à l'encontre du cessionnaire en cas où celui-ci exigerait le paiement de créances découlant de contrats que le débiteur aurait conclus avec le cessionnaire qui le précédait immédiatement et qui était dans le même temps le cédant final. Toutefois, selon un avis largement partagé, une telle approche ne serait pas souhaitable car elle pourrait par inadvertance avoir pour effet d'accroître le risque que le cessionnaire ne soit pas en mesure de se faire payer, ce qui influencerait sur le coût du crédit, et de donner au débiteur une position juridique plus favorable qu'il ne le faudrait.

172. Une autre question a été soulevée : le cessionnaire subséquent devrait-il appliquer la même procédure que celle qui serait imposée au cessionnaire initial pour déterminer les priorités ? A cet égard, on s'est inquiété de

ce que le libellé actuel du projet d'article 14 (priorités) risquait de ne pas suffisamment traiter des notifications multiples ou des enregistrements multiples par des cessionnaires ultérieurs, et il a été suggéré de préciser la question.

173. Après délibération, le Groupe de travail a considéré que le paragraphe 3 était généralement acceptable quant au fond, étant entendu qu'il serait réexaminé lors d'une session ultérieure du Groupe de travail.

Paragraphe 4

174. On a noté que, conformément à la formule retenue dans le projet d'article 4 pour les clauses de non-cession entre le cédant et le débiteur dans le contrat initial, le paragraphe 4 prévoyait que des cessions subséquentes à des fins de refinancement en contravention des clauses de non-cession convenues entre le cédant et le cessionnaire initial ou entre des cessionnaires subséquents produisaient des effets. La question de savoir si les clauses de non-cession figurant dans des contrats de refinancement devraient être traitées de la même manière que les clauses de non-cession convenues entre le cédant et le débiteur dans le contrat initial a donné lieu à des points de vue divergents.

175. Selon l'un des points de vue exprimés, le paragraphe 4 devrait aussi pouvoir faire l'objet de réserves de la part des États (voir par. 62 à 65 ci-dessus) pour les mêmes raisons que celles qui ont été évoquées lorsque le Groupe de travail a examiné le projet d'article 4 (clauses de non-cession). A cet égard, on s'est demandé si le projet de règles uniformes devrait comporter une disposition analogue à l'article 12 de la Convention sur l'affacturage, qui prévoyait que cette Convention ne s'appliquait pas à une cession successive interdite par le contrat d'affacturage. En réponse à cette question, on a noté que l'article 12 de la Convention sur l'affacturage avait été inséré pour tenir compte d'une juridiction particulière dans laquelle une créance ayant déjà été cédée ne pouvait être cédée une seconde fois. Il a aussi été noté que, dans cette juridiction, les contrats d'affacturage contenaient ordinairement une clause en vertu de laquelle l'entreprise d'affacturage s'engageait à ne pas céder à nouveau la créance et que, dans le contexte de l'affacturage international, le cédant transférait les créances directement à l'entreprise d'affacturage située dans l'État où le débiteur avait son établissement.

176. Après délibération, le point de vue qui a prévalu a été que le paragraphe 4, dans son libellé actuel, était acceptable. On a fait observer qu'il n'y avait pas de raison d'adopter la formule des réserves étant donné que, si le maintien des clauses de non-cession prévues dans le contrat initial entre le cédant et le débiteur était considéré dans certains pays comme une question d'ordre public, il n'en allait pas de même pour les clauses de non-cession convenues dans le contexte d'opérations de refinancement dans lesquelles les cessions subséquentes étaient la pratique courante. En outre, on a indiqué qu'il n'était pas nécessaire d'adopter une disposition sur le modèle de l'article 12 de la Convention sur l'affacturage étant donné que les cessions de créances envisagées dans le cadre du projet de règles uniformes différaient du contrat d'affacturage, qui reposait sur l'existence de liens étroits entre le cédant et l'entreprise d'affacturage, et dans le contexte duquel la cession de créances n'était pas normalement effectuée à des fins de refinancement.

177. Selon un point de vue, le paragraphe 4 devrait comporter une disposition sur les conséquences d'une rupture des clauses de non-cession analogue à celle figurant au paragraphe 2 du projet d'article 4, ce qui signifierait en fait que la règle du paragraphe 4 n'influerait pas sur la responsabilité éventuelle du cessionnaire cédant les créances une nouvelle fois, alors qu'il avait convenu avec le cédant le précédant immédiatement de ne pas le faire.

178. Après délibération, le Groupe de travail a estimé que le paragraphe 4 dans sa conception actuelle était acceptable quant au fond.

Paragraphe 5

179. Le Groupe de travail a approuvé le principe énoncé au paragraphe 5, à savoir que l'invalidité d'une cession intermédiaire rend invalides les cessions subséquentes. Sur le plan de la rédaction, il a été suggéré que le début du paragraphe 5 pourrait être révisé afin de ne pas donner l'impression que la notification donnée au débiteur permettait de remédier à l'invalidité d'une cession subséquente. Il a aussi été suggéré de réviser le paragraphe 5

de manière à indiquer que l'invalidité d'une cession intermédiaire pourrait rendre invalides toutes les cessions subséquentes, et pas seulement la cession "finale", comme il était dit dans le libellé actuel.

M. Cessions d'intérêts partiels ou indivis sur des créances

180. Au cours du débat sur le projet d'article 15 (cessions ultérieures), on s'est demandé si les cessions d'éléments distincts de créances ou d'intérêts indivis sur des ensembles de créances devraient être traitées dans le projet de règles uniformes (voir par. 168 plus haut).

181. On a fait observer que ces cessions faisaient souvent partie d'opérations de financement très complexes et posaient un certain nombre de problèmes délicats qu'il fallait examiner avec soin pour ne pas bouleverser les pratiques en vigueur, qui divergeaient beaucoup. A titre d'exemple, on a mentionné le cas de la participation à des prêts, dans lequel des intérêts indivis, généralement sur des prêts importants, étaient vendus à différentes institutions de financement afin de répartir les risques. On a aussi cité l'exemple de la titrisation qui supposait aussi la cession d'intérêts indivis sur des créances, mais à une autre fin qui était d'abaisser le coût du crédit en transformant les créances en titres qui étaient offerts sur le marché des investissements.

182. On a généralement pensé que ces catégories de cessions devaient être examinées plus à fond afin de déterminer si elles devraient être traitées dans le projet de règles uniformes ou comment elles devraient l'être.

183. On a suggéré un certain nombre de questions particulières qu'il faudrait peut-être examiner : la définition des "éléments" de créances, ou les unités minimales, qui pourraient être cédées; la protection du débiteur, en particulier le point de savoir si le consentement du débiteur était nécessaire pour qu'une telle cession produise ses effets et si le débiteur pourrait se libérer de sa dette en en déposant le montant sur un compte bancaire ou en l'adressant à une boîte postale; la protection du cessionnaire à l'égard des créanciers du cédant; l'exclusion possible des créances sous forme d'effets de commerce et la mesure dans laquelle, pour traiter de ces cessions, il suffirait de modifier la définition du terme "créance" de manière à y inclure le cas des intérêts partiels ou indivis sur les créances et à prévoir l'application à ce cas du projet de règles uniformes en cours d'élaboration.

184. A propos de la participation à des prêts et de la titrisation, on s'est demandé si les mêmes règles pourraient s'appliquer aux deux types d'opérations et si un critère pourrait être trouvé pour faire une distinction entre l'intérêt indivis dans une participation à un prêt aux fins d'investissement, qui pourrait être traité dans le projet, et les titres de placement qui étaient soumis à un régime légal différent et ne seraient probablement pas traités dans le projet.

N. Questions de droit international privé

1. Remarques générales

185. On s'est demandé si le Groupe de travail avait pour mandat d'examiner les questions de droit international privé dans le cadre de l'élaboration du projet de règles uniformes. A cet égard, on a rappelé que la Commission, à sa vingt-huitième session, avait pris la décision de confier le rapport établi par le secrétariat et le projet de règles uniformes qu'il contenait au Groupe de travail afin qu'il élabore un texte uniforme sur la cession de créances aux fins de financement. S'agissant des aspects de la cession touchant au droit international privé, il avait été convenu à cette session que les problèmes que posait leur examen ne devraient pas conduire à les exclure des travaux futurs de la Commission sur la question, mais au contraire inciter à renforcer la coopération avec la Conférence de La Haye de droit international privé, par exemple, sous forme de réunions mixtes d'experts sur les questions d'intérêt commun liées à la cession de créances⁵.

186. Un échange de vues a eu lieu pour savoir s'il était opportun d'envisager d'inclure, dans le corps du projet de règles uniformes, des dispositions sur les questions de droit international privé. On a déclaré que, selon une approche suivie dans certains pays, il serait peut-être jugé inapproprié qu'un texte de droit matériel comprenne

⁵Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 17, A/50/17, par. 379 et 380.

des règles sur les questions de droit international privé qui régiraient l'applicabilité de ce texte. On a fait valoir que des dispositions sur les conflits de lois avaient été incorporées dans certains textes précédents de la CNUDCI, sans que ces dispositions aient nui à l'applicabilité de ces textes.

187. A titre préliminaire, on s'est aussi demandé s'il y avait lieu d'examiner les questions de droit international privé dans le cadre de l'élaboration du projet de règles uniformes avant que l'accord se soit fait sur les règles de fond. On a généralement estimé qu'à ce stade, le Groupe de travail pourrait n'avoir qu'un débat très provisoire fondé sur les dispositions du projet de règles uniformes qui portent sur le droit international privé, à savoir le projet d'article 8 (loi applicable à la relation entre le cédant et le cessionnaire), le projet d'article 13 (loi applicable à la relation entre le cédant et le débiteur), ainsi que la Variante D du paragraphe 1 du projet d'article 14 (priorités). On a estimé, toutefois, qu'un premier échange de vues sur les questions de conflits de lois pourrait être utile au stade actuel, même si un nouvel examen devait être consacré à ces questions à mesure que progresseraient les travaux sur les dispositions de fond du projet de règles uniformes.

2. Loi applicable à la relation entre le cédant et le cessionnaire

188. Le Groupe de travail a examiné la question des règles qui pourraient être adoptées au sujet de la loi applicable à la relation entre le cédant et le cessionnaire en se fondant sur le projet d'article ci-après :

"Projet d'article 8. Loi applicable à la relation entre le cédant et le cessionnaire

1. [A l'exception des questions qui sont expressément traitées dans les présentes règles,] les droits et obligations du cédant et du cessionnaire [, y compris la question du moment où le cessionnaire devient le créancier légitime des créances,] sont régis par la loi dont le choix est :

a) énoncé dans la cession; ou

b) convenu par ailleurs par le cédant et le cessionnaire.

2. *a)* Faute de choix de la loi par les parties, les droits et obligations du cédant et du cessionnaire [, y compris la question du moment où le cessionnaire devient le créancier légitime des créances], à l'exception des questions qui sont expressément traitées dans les présentes règles, sont régis par la loi de l'État dans lequel le cédant a son établissement.

b) Aux fins de l'alinéa *a)*, lorsque le cédant a plus d'un établissement, l'établissement à prendre en considération est celui qui a la relation la plus étroite avec la cession, compte tenu des circonstances connues ou envisagées par le cédant et le cessionnaire à tout moment avant la conclusion de la cession ou lors de la conclusion de la cession."

Paragraphe 1

"[À l'exception des questions qui sont expressément traitées dans les présentes règles,]"

189. Selon un avis, les premiers mots du paragraphe 1 donnaient l'impression que le projet de règles uniformes établissait une distinction entre l'application générale de la loi nationale, qui serait déterminée par une règle de conflit, et certaines dispositions du projet de règles uniformes, qui s'appliqueraient dans l'abstrait, compte non tenu de la loi nationale. Il a été déclaré que le projet de règles uniformes prendrait la forme soit d'une loi type, auquel cas il serait incorporé dans la loi nationale et exercerait ses effets internationaux par le biais d'une règle de droit international privé, soit d'une convention, qui déterminerait son propre champ d'application. Il a été répondu que, s'il fallait peut-être modifier les premiers mots du paragraphe 1 afin d'éviter toute interprétation incorrecte, ceux-ci étaient essentiellement une référence aux projets d'articles 6 (garanties) et 7 (rupture du contrat de financement), qui étaient les seules dispositions du projet traitant de questions liées au contrat de cession. Pour ce qui est de la forme, il a été proposé de remplacer les premiers mots du paragraphe 1 par une référence aux projets d'articles 6 et 7. Dans ce contexte, il a été également rappelé qu'un appui avait été apporté

à la proposition tendant à supprimer le paragraphe 1 *b*) du projet d'article premier, afin que soient réduites les incertitudes inhérentes à l'application des règles de droit international privé relatives à la cession.

190. On s'est déclaré préoccupé par les effets secondaires possibles d'une référence aux "questions qui sont expressément traitées dans les présentes règles". On a noté qu'en recourant au droit international privé pour résoudre toutes les questions non régies expressément dans le projet de règles uniformes, on nuirait à son objectif fondamental, qui est d'offrir, quant au fond, des solutions uniformes aux questions que pose le financement par cession de créances. Certaines questions devraient sans aucun doute continuer d'être régies par la loi nationale, avec toutes les incertitudes et les divergences quant aux solutions apportées que cela supposait, mais d'autres questions, bien que non expressément régies par le projet de règles uniformes, devraient plutôt être réglées par référence aux principes sur lesquels le projet se fondait, ou aux usages de la profession ou à toute autre source de droit uniforme. Il a été proposé de supprimer le mot "expressément". Pour ce qui est des principes sur lesquels se fondait le projet de règles uniformes, on a également proposé d'inclure une disposition sur l'interprétation similaire à l'article 7 de la Convention des Nations Unies sur les ventes. On a toutefois jugé qu'une telle disposition ne pourrait être opérante que dans le contexte d'une convention internationale. On a également mentionné des textes d'origine internationale qui permettraient aux juridictions d'appliquer des principes généraux, des usages professionnels, la "*lex mercatoria*" ou d'autres normes élaborées à l'échelon international.

"les droits et obligations du cédant et du cessionnaire"

191. On a estimé que la référence aux "droits et obligations" des parties risquerait de trop restreindre le champ d'application du projet de disposition. Par exemple, on a noté que la détermination du moment du transfert des créances cédées, si elle n'entraînait pas strictement dans la catégorie des "droits et obligations" des parties, devait être soumise à la loi applicable à cette relation. Il a été proposé que cette question fasse l'objet d'explications appropriées dans un commentaire sur le projet de règles uniformes, qui pourrait être élaboré à un stade ultérieur, de manière à élargir la portée de la notion des "droits et obligations" aux fins du projet de règles uniformes. Selon une autre proposition, il fallait remplacer la référence aux "droits et obligations du cédant et du cessionnaire" par une référence à "la cession". Des objections ont été émises au motif qu'une telle référence élargirait par trop le champ de la disposition, car celle-ci régirait alors les effets de la cession dans le contexte de la relation entre le cessionnaire et le débiteur, qui faisait actuellement l'objet du projet d'article 13. Après un débat, il a été convenu que la disposition devrait être reformulée, afin qu'il soit bien clair qu'elle portait sur la relation entre le cédant et le cessionnaire, y compris sur des questions telles que la validité de la cession et le transfert des créances cédées entre le cédant et le cessionnaire.

192. On a également craint que la simple référence aux "droits et obligations" des parties ne permette pas de déterminer si les droits et obligations à prendre en considération étaient uniquement ceux qui découlaient du contrat de cession, ou également ceux qui découlaient de l'opération de financement sous-jacente. On a estimé qu'il ne s'agissait peut-être pas là d'une distinction appropriée, car on pouvait considérer que les droits et obligations du cédant et du cessionnaire n'étaient pas séparables, mais découlaient eux-mêmes de l'opération de financement sous-jacente. Toutefois, il a été noté que les clauses de cession créaient des droits et obligations distincts pour les parties (par exemple, les garanties), outre les droits et obligations découlant de l'opération sous-jacente. Après un débat, il a été convenu qu'il faudrait préciser que le champ d'application de la disposition se limitait à la relation entre le cédant et le cessionnaire découlant de la cession.

"[y compris la question du moment où le cessionnaire devient le créancier légitime des créances,]"

193. Il a été convenu que les questions relatives au moment et à la validité du transfert de la créance cédée ne devraient pas être modifiées par convention des parties. Il a également été convenu qu'il faudrait peut-être indiquer plus clairement que cette disposition ne visait pas à supplanter les dispositions de la législation de l'insolvabilité.

"sont régis par la loi dont le choix est :

- a) énoncé dans la cession; ou*
- b) convenu par ailleurs par le cédant et le cessionnaire."*

194. Pour ce qui est de la substance de la règle de droit international privé, il a été convenu qu'il fallait reconnaître l'autonomie des parties. A propos de sa formulation, on a estimé que la référence à "la loi dont le choix est convenu par ailleurs" devrait sans doute être modifiée, afin qu'il apparaisse plus clairement qu'elle visait toute loi choisie par les parties hors du contexte de la cession proprement dite. Cette disposition ne devrait donc pas être interprétée comme empiétant sur toute loi procédurale qui pourrait être applicable, dans le contexte de certaines lois nationales, pour déterminer où, ou à quel moment, une telle convention pourrait être conclue par les parties. Pour ce qui est de la forme, il a été déclaré que les alinéas *a)* et *b)* pourraient être fusionnés et libellés comme suit : "énoncé dans la cession, ou aux fins de la cession".

Paragraphe 2

195. Divers avis ont été exprimés à propos de la règle de droit international privé qui devrait être applicable faute de choix par les parties. Selon un avis, une règle disposant que le contrat de cession est régi par la loi de l'établissement du cédant présentait l'avantage de la simplicité et de la prévisibilité. Toutefois, on a émis des objections au motif qu'il n'était pas approprié d'énoncer une règle déterminée qui serait applicable à un large éventail de cas pratiques, dans divers types d'opérations de financement régies par le projet de règles uniformes. Par exemple, si la loi de l'établissement du cédant pouvait être appropriée dans le contexte d'une vente de créances, la loi de l'établissement du cessionnaire pourrait être préférable en cas de prêt, lorsque l'obligation distinctive serait à la charge du cessionnaire. Durant le débat, il a été proposé que le paragraphe 2 s'applique également dans les cas où le choix de la loi par les parties n'était pas valable.

196. Selon un autre avis, il était préférable d'énoncer une règle fondée sur la notion de la "relation la plus étroite", dans l'esprit de la Convention de Rome. Une telle approche, en soi plus souple, pourrait aboutir à l'application de la loi de l'établissement du cédant (par exemple, dans une cession-vente), ou de la loi de l'établissement du cessionnaire (par exemple, dans le cas de l'affacturage avec recours, dans lequel l'affacturier peut être chargé de fonctions telles que la tenue des comptes et l'encaissement). On a objecté qu'une telle règle présenterait l'inconvénient d'être moins prévisible. Si l'on s'est prononcé pour l'introduction d'une certaine souplesse dans la règle de conflit, afin de tenir compte de la diversité des cas rencontrés dans la pratique, il a été jugé dans l'ensemble que la question devrait être réexaminée lors d'une session ultérieure du Groupe de travail.

3. Loi applicable à la relation entre le cessionnaire et le débiteur

197. Le Groupe de travail a ensuite débattu d'une règle possible sur la loi applicable à la relation entre le cessionnaire et le débiteur en se fondant sur le projet d'article suivant :

"Projet d'article 13. Loi applicable à la relation entre le cessionnaire et le débiteur

À l'exception des questions qui sont expressément régies par les présentes règles, toute question apparaissant entre le cessionnaire et le débiteur est régie par la loi [régissant la créance sur laquelle porte la cession.] [de l'État où le débiteur a son établissement. Si le débiteur a plus d'un établissement, l'établissement à prendre en considération est celui qui a la relation la plus étroite avec la cession des créances, compte tenu des circonstances connues ou envisagées par le cédant et le cessionnaire à tout moment avant la conclusion du contrat ou lors de la conclusion du contrat.]"

198. Il a été noté que le projet de disposition ci-dessus offrait au Groupe de travail le choix entre deux possibilités : la loi régissant la créance sur laquelle portait la cession (la loi du contrat initial) et la loi de l'État où le débiteur avait son établissement. Le Groupe de travail tendait, du moins à ce stade de ses délibérations, à préférer la première approche, à savoir une règle renvoyant à la loi du contrat initial. On a notamment fait valoir qu'elle serait plus conforme à l'approche générale des règles uniformes, telles qu'elles avaient été examinées jusqu'ici, et qu'elle offrirait une meilleure protection au débiteur. Ce dernier avantage tenait au fait que le débiteur aurait choisi la loi régissant le contrat initial, ou aurait du moins approuvé ce choix. Il a également été avancé qu'un des avantages supposés de la seconde approche, à savoir une meilleure prévisibilité dans la mesure où elle se fondait sur l'établissement du débiteur, était peut-être moins net qu'il n'apparaissait, car l'établissement du débiteur pouvait ne pas être connu au moment de la cession ou le débiteur pourrait se

réinstaller dans une autre juridiction après la conclusion de la cession. Dans le même temps, on a jugé qu'il serait prématuré à ce stade de prendre une décision définitive sur l'approche à retenir.

199. Pour ce qui est de la portée de cette disposition, il a notamment été demandé si la référence à "*toute question* apparaissant entre le cessionnaire et le débiteur" ne serait pas trop large. On a également demandé, dans le même ordre d'idée, si la question de la cessibilité d'une créance serait considérée comme une question apparaissant entre le débiteur et le cessionnaire, ou pourrait être considérée comme une question liée à la validité, devant être traitée dans le projet de disposition relatif à la loi applicable à la relation entre le cédant et le cessionnaire. On a notamment fait observer à ce propos que la question ne se rattachait pas à celle de l'admissibilité des clauses de non-cession et que, dans certains pays, la cessibilité pourrait être considérée comme une question liée à la validité du contrat initial. Il a également été demandé s'il faudrait envisager d'inclure une référence à la liberté contractuelle qu'avaient les parties de modifier la règle énoncée dans la disposition.

200. Pour ce qui est de la rédaction, il a été noté que la disposition à l'examen, ainsi que le paragraphe 2 *b)* du projet d'article 8 (la loi applicable à la relation entre le cédant et le cessionnaire) indiquaient l'établissement à prendre en compte au cas où la partie intéressée dans chacune de ces dispositions avait plus d'un établissement. Il a été proposé que ces dispositions soient fusionnées, peut-être dans un article regroupant les définitions générales.

201. Avant de clore, à ce stade, le débat sur les questions liées à la loi applicable, le Groupe de travail a rappelé que la Variante D du paragraphe 1 du projet d'article 14 (priorités) comportait une référence à la loi de l'État où soit le cédant, soit le débiteur a son établissement, le choix étant laissé au Groupe de travail dans cette variante. Si des doutes ont été émis quant à l'utilité de la Variante D, il a été convenu de la conserver pour le moment et de la réexaminer éventuellement à un stade ultérieur.

III. TRAVAUX FUTURS

202. Ayant achevé le débat sur les différentes questions possibles et sur les projets de disposition à inclure dans les règles uniformes sur la cession de créances aux fins de financement, le Groupe de travail a noté un certain nombre d'observations portant sur les travaux réalisés à la session en cours et sur les prochains travaux à aborder. On a fait observer que la session avait permis de procéder à un échange de vues fructueux, notamment sur diverses approches et formulations dont on pourrait tenir compte dans le projet de règles uniformes pour faciliter le développement des marchés financiers mondiaux. Un certain nombre de suggestions ont été faites à propos des questions qui devraient retenir l'attention du Groupe de travail lors des débats à venir. Ces questions étaient les suivantes : cession internationale de créances nationales, eu égard en particulier à la protection à offrir au débiteur dans le contexte international (par exemple, les nouveaux risques pour le débiteur; les incidences liées aux devises); mesure dans laquelle on pourrait insister sur la recherche de solutions en recourant au droit matériel plutôt qu'aux règles de droit international privé; possibilité de se fonder sur un système d'enregistrement; traitement des créances "conditionnelles" et "possibles" et compatibilité du projet de règles uniformes avec les lois nationales.

203. A propos de ces questions, on a mentionné l'intérêt et l'utilité des renseignements, en particulier sur les expériences et les besoins des praticiens et des autres milieux intéressés, qui pourraient être portés à l'attention du Groupe de travail par le secrétariat ainsi que par les membres du Groupe de travail eux-mêmes à la suite de consultations.

204. Le Groupe de travail a prié le secrétariat d'établir une version révisée des projets de règles uniformes qui avaient été examinés à la session en cours, compte tenu du débat qui avait eu lieu et des décisions qui avaient été prises. On a signalé que la session suivante du Groupe de travail consacrée à la cession de créances aux fins de financement aurait lieu du 8 au 19 juillet 1996, sous réserve de confirmation par la Commission à sa vingt-neuvième session.

V. TRAVAUX FUTURS POSSIBLES

Projets de construction-exploitation-transfert : note du secrétariat (A/CN.9/424) [original : anglais]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION	1 - 3
I. LE CONCEPT "CONSTRUCTION-EXPLOITATION-TRANSFERT"	4 - 10
II. TRAVAUX D'AUTRES ORGANISATIONS SUR LE CET	11 - 21
A. Organisation des Nations Unies pour le développement industriel	11 - 16
B. Commission économique pour l'Europe	17 - 18
C. Banque mondiale	19
D. Banque européenne pour la reconstruction et le développement	20
E. Fédération internationale des ingénieurs-conseils	21
III. UN CADRE JURIDIQUE APPROPRIÉ	22 - 29
A. Renforcement de la confiance des investisseurs étrangers	22 - 23
B. Domaines de la législation régissant les projets CET	24 - 26
C. Approches législatives actuelles relatives aux projets CET	27 - 29
IV. APERÇU DES QUESTIONS RÉGIES PAR LES LOIS NATIONALES	30 - 84
A. Dispositions générales	31 - 37
1. Domaines dans lesquels une concession peut être accordée	31
2. Déclarations de politique générale	32
3. Organes de l'État compétents	33 - 34
4. Planification et coordination	35 - 36
5. Publicité et confidentialité	37
B. Octroi de la concession	38 - 52
1. Conditions préalables et autres conditions	38 - 39
2. Préférence donnée aux entités nationales	40 - 41
3. Sélection du concessionnaire	42 - 47
4. Sélection des sous-traitants	48 - 49
5. L'accord de projet	50 - 52
C. Droits et obligations du concessionnaire	53 - 59
1. Nature de la concession	53
2. Obligations	54
3. Sources de recettes auxiliaires	55 - 56
4. Cession, sous-concession, nantissement	57 - 59
D. Obligations et engagements de l'État	60 - 63
1. Incitations financières et garanties	60 - 61
2. Autres garanties	62
3. Imposition	63
E. Exploitation de la concession	64 - 68
1. Fixation et augmentation des prix	64 - 66
2. Suivi de l'exécution du projet	67 - 68
F. Relations avec les clients	69
G. Relations avec les concurrents	70

H. Exécution des obligations du concessionnaire	71 - 75
1. Violation de l'accord	71 - 74
2. Empêchements	75
I. Résiliation de la concession	76 - 81
1. Causes communes de résiliation	76 - 77
2. Prolongation	78
3. Transfert du projet à l'État	79 - 81
J. Dispositions diverses	82 - 84
1. Loi applicable	82 - 83
2. Règlement des litiges	84
V. CONCLUSION	85 - 92

INTRODUCTION

1. À sa vingt-septième session, en 1994, la Commission, après avoir examiné une note établie par le secrétariat (A/CN.9/399), a souligné l'importance des projets de construction-exploitation-transfert (CET) et a prié le secrétariat d'établir une note sur les travaux futurs possibles concernant les projets CET. La Commission a examiné la note en question (A/CN.9/414) à sa vingt-huitième session, en 1995¹.

2. Un large appui s'est manifesté au sein de la Commission en faveur de l'exécution de travaux dans le domaine des projets CET. Il a été noté que le mécanisme de financement des projets CET suscitait un intérêt considérable dans de nombreux États et que les travaux de la Commission dans ce domaine permettraient d'aider ces États à faire face aux problèmes qui avaient été recensés. Il a toutefois été noté que, puisque les travaux qu'entreprendrait la Commission seraient en partie influencés par la teneur définitive des Directives qu'élaborerait l'Organisation des Nations Unies pour le développement industriel (ONUDI) et que la pratique en matière de CET évoluait toujours, il serait utile de donner au secrétariat la possibilité d'étudier plus avant les questions sur lesquelles il était proposé d'entreprendre des travaux. Il a également été noté que les travaux de la Commission seraient conçus de manière à ne pas faire double emploi avec les activités entreprises par l'ONUDI en la matière. La Commission a prié le secrétariat d'établir un rapport sur les questions qui pourraient faire l'objet des travaux futurs, afin de faciliter l'examen de cette question par la Commission à sa vingt-neuvième session, en 1996.

3. Le présent rapport est soumis à la Commission en réponse à cette demande.

I. LE CONCEPT "CONSTRUCTION-EXPLOITATION-TRANSFERT"

4. Le mécanisme CET est essentiellement une forme de financement des projets dans le cadre de laquelle un État octroie à un groupe d'investisseurs (ci-après dénommé "consortium du projet") une concession pour la conception, la mise en marche, la gestion et l'exploitation commerciale d'un projet particulier. Le consortium du projet - ou une société créée par ce consortium (ci-après dénommée le "concessionnaire") - s'engage quant à lui à concevoir le projet et à gérer la concession conformément à un accord conclu entre l'État et le concessionnaire (ci-après dénommé l'"accord de projet"). Le terme générique utilisé pour ce type de projet est "construction-exploitation-transfert" (CET), mais les expressions suivantes peuvent également être utilisées pour décrire cette forme de financement des projets : "construction-possession-exploitation", "construction-possession-exploitation-transfert", "construction-possession-location-transfert" et "construction-location-transfert". Malgré ces dénominations diverses, tous ces arrangements sont des mécanismes de financement des projets par lesquels un État accorde une concession à des entités privées s'engageant à financer, exécuter et gérer un projet particulier. Des arrangements contractuels similaires sont parfois conclus entre un bailleur de licence privé et un entrepreneur.

¹Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément nE17 (A/50/17), par. 394 à 400.

5. A la différence du type traditionnel de financement des projets, dans lequel le propriétaire (l'État) se charge d'obtenir un financement et de garantir son remboursement, dans les projets CET, c'est le consortium du projet qui assume ces responsabilités. Les prêts sont consentis sur la base des recettes qu'il est prévu de retirer du projet. Ce mécanisme présente des avantages pour le pays hôte. Puisque le budget de l'État n'a pas à être mis directement à contribution, le projet a peu d'incidences sur la dette publique. Le financement du secteur privé permet aussi en général de transférer les risques financiers, industriels et autres à ce secteur. En outre, puisque le projet est exécuté et, durant la période de concession, géré par le consortium du projet, le pays hôte bénéficie des compétences du secteur privé en matière d'exploitation et de gestion de tels projets.

6. Les contrats de construction d'infrastructures ou d'autres ouvrages disposent en général que le propriétaire prend en charge l'installation dès l'achèvement des travaux de construction, conformément au contrat. Le financement est organisé par le propriétaire, qui paye les entrepreneurs, soit en empruntant, soit en faisant appel à ses propres ressources. Dans ces contrats, l'entrepreneur a pour charge essentielle de construire et d'équiper l'installation prévue, alors que la viabilité et la rentabilité du projet sont la préoccupation du propriétaire. Dans un projet CET par contre, le consortium du projet s'engage à achever la construction et à exploiter l'installation pendant un certain temps, afin de se rembourser de ses frais et d'obtenir un bénéfice. Ainsi, le consortium du projet est donc naturellement intéressé à la faisabilité et à la conception de l'installation. Il a également intérêt à veiller à ce que les conditions juridiques et commerciales requises pour la construction et l'exploitation de l'installation dans de bonnes conditions de rentabilité soient réunies et restent pour l'essentiel inchangées durant la période de concession.

7. Si les projets CET suscitent un intérêt particulier, c'est essentiellement pour la raison suivante : ils permettent de mobiliser des ressources du secteur privé pour la construction d'infrastructures, sans qu'il soit nécessaire d'alourdir la dette publique. Cet élément du mécanisme CET est particulièrement attrayant alors que se développe dans le monde la privatisation de divers services publics auparavant réservés au secteur privé et qu'il y a de moins en moins de fonds du secteur public disponibles pour le développement des infrastructures. Ce mécanisme présente d'autres avantages : participation accrue du secteur privé à la gestion des infrastructures publiques, meilleures perspectives pour les investissements étrangers directs et accès à des techniques et compétences non disponibles localement. En outre, les installations CET peuvent faire office d'étalon pour évaluer les résultats de projets similaires gérés par le secteur public.

8. Toutefois, plusieurs aspects des projets CET rendent leur mise en place complexe. Un projet CET fait normalement intervenir de nombreuses parties liées entre elles par contrat. Outre le pays hôte et le consortium du projet, ces parties sont en général des prêteurs, des sociétés de construction, des fournisseurs d'équipements, des investisseurs indépendants et les acheteurs ou utilisateurs finals des produits du projet. Souvent, le consortium du projet rassemble des sociétés de construction, des fournisseurs d'équipements mécaniques et d'autres investisseurs privés, ainsi que l'exploitant du projet. Les investisseurs peuvent être des investisseurs institutionnels et des organismes multilatéraux de développement. En outre, des arrangements de financement complexes doivent être mis sur pied, non seulement en raison du grand nombre de parties intéressées, mais aussi parce que, faute de garanties de l'État, le consortium du projet et les prêteurs devront trouver des moyens de se protéger des risques encourus, notamment par le biais d'assurances et de diverses formes de garanties. Les arrangements contractuels et les mécanismes de répartition des risques peuvent donc être très complexes dans le cadre des projets CET et exiger des négociations longues.

9. L'appui des pouvoirs publics du pays hôte est considéré comme un facteur important pour le succès d'un projet CET. Non seulement le pays hôte doit autoriser le projet, mais il est le propriétaire ultime de l'installation. Les pouvoirs publics doivent surveiller l'application de l'accord de concession et, parfois, peuvent prendre en charge une partie de la dette ou participer à l'investissement. Afin d'assurer une participation à long terme du secteur privé, les pouvoirs publics doivent veiller à instaurer un climat juridique propice aux investissements privés à long terme. A cette fin, il leur faut mettre en place un cadre juridique pour les investissements privés, ainsi que les mécanismes administratifs requis pour permettre la délivrance en temps voulu, dans des conditions d'équité et d'objectivité, des autorisations ou licences nécessaires.

10. Au fur et à mesure que l'on comprendra mieux les perspectives qu'offre le concept CET, l'intérêt pour ce mécanisme de financement des projets augmentera sans doute, non seulement pour les grands projets

d'infrastructure, tels que les centrales électriques et les transports (routes à péage, ponts et chemins de fer), mais aussi pour des petits et moyens projets, par exemple des usines de traitement des eaux, des hôtels ou des installations médicales.

II. TRAVAUX D'AUTRES ORGANISATIONS SUR LE CET

A. Organisation des Nations Unies pour le développement industriel

11. L'ONUDI a récemment établi un document intitulé "Directives pour l'élaboration, la négociation et la conclusion de contrats relatifs aux projets de construction-exploitation-transfert (CET) (ci-après dénommées les "Directives de l'ONUDI"). La version anglaise finale était sous presse au moment de l'élaboration de la présente note. Des versions française et espagnole devraient suivre ultérieurement.

12. Les trois premiers chapitres des Directives de l'ONUDI constituent une présentation générale des projets CET. Le chapitre premier ("Introduction au concept de CET") décrit la structure, les caractéristiques et les différentes parties d'un projet CET, ainsi que les techniques de financement et les instruments juridiques pertinents; il comporte également un résumé des principaux avantages que présente pour l'État hôte la méthode CET pour la construction d'infrastructures. Le chapitre 2 ("Phases d'un projet CET") décrit brièvement les phases du projet CET : identification initiale et définition du projet, préparation par l'État de l'appel d'offres, préparatifs financiers et soumission d'une offre, choix de la meilleure offre, conception du projet, phase de construction, exploitation du projet, puis transfert à l'État hôte. Les principales considérations économiques des projets CET sont présentées au chapitre 3 ("Cadre économique des mécanismes CET"). Il s'agit notamment du rôle des infrastructures dans la promotion du développement économique d'un pays, des avantages qu'offre la participation du secteur privé aux projets d'infrastructure et des avantages et coûts économiques des projets CET.

13. Les trois chapitres suivants sont axés sur les responsabilités que doit assumer l'État pour assurer le succès des projets CET. Le chapitre 4 ("Contribution de l'État au succès des projets CET") traite notamment de questions telles que l'importance d'un cadre juridique réglementaire et administratif crédible susceptible de diligenter l'exécution des projets CET, le rôle des diverses formes d'incitations de l'État et l'exigence d'une procédure de passation des marchés CET ordonnée et transparente. Ayant énoncé les principales responsabilités de l'État, les Directives de l'ONUDI examinent au chapitre 5 ("Transfert de technologie et renforcement des capacités par le biais de projets CET") comment l'État hôte doit s'efforcer de tirer des avantages du transfert de technologie entre le consortium du projet et l'économie locale. Il donne également des exemples de clauses contractuelles ayant pour objet d'assurer l'utilisation de biens et services locaux et la protection des améliorations et innovations effectuées pendant la période de concession. Le chapitre 6 ("Questions liées à la passation des marchés et à la sélection des bailleurs de fonds") traite plus en détail des objectifs des procédures de passation des marchés, pour ce qui est du choix des concepteurs d'un projet CET, et présente un bref aperçu du cadre juridique et réglementaire nécessaire à cette fin. Il décrit également les procédures d'appel d'offres ouvertes à la concurrence et présente un organigramme simplifié des procédures d'appel d'offres.

14. Trois chapitres sont consacrés aux aspects financiers et économiques des projets CET. Les méthodes d'évaluation de la viabilité financière et économique d'un projet CET sont analysées au chapitre 7 ("Évaluation financière et économique des projets CET"). Vient ensuite, au chapitre 8 ("Détermination et gestion des risques"), un examen des principaux risques auxquels sont exposés les projets CET. Ce chapitre établit une distinction entre les risques généraux liés au climat politique et juridique dans le pays hôte et les risques spécifiques au projet. Enfin, le chapitre 9 ("Structure financière des projets CET") explique comment les fonds sont mobilisés pour les projets CET, décrit les types et les sources de fonds disponibles, en fonction du niveau de risque lié à chaque type de capitaux et décrit les techniques de montage financier.

15. Les questions contractuelles sont traitées plus en détail dans les quatre chapitres suivants. Le chapitre 10 ("Le montage contractuel") décrit brièvement les principaux arrangements contractuels que suppose un projet CET et, notamment, les contrats avec des consultants, l'accord préliminaire de consortium, l'accord relatif au consortium du projet, l'accord de projet ou de concession, l'accord donné par l'État pour l'achat des produits de l'installation CET (accord "*off-take*"), le contrat de construction, les contrats de fourniture d'équipements, le contrat d'exploitation et de maintenance, les contrats d'assurance, les contrats de financement. Parmi tous ces

contrats liés entre eux, l'accord de projet ou de concession, le contrat de construction et le contrat d'exploitation et de maintenance sont traités séparément dans les trois chapitres suivants. Le chapitre 11 ("L'accord de projet") recense les éléments essentiels qui doivent être régis par l'accord de projet, accord entre le consortium du projet et l'État pour l'exécution et l'exploitation du projet. Le chapitre 12 ("Le contrat de construction") traite de la manière dont le contrat de construction, dans un projet CET, prend en général la forme d'un contrat clefs en main et étudie brièvement trois des principales méthodes d'établissement du prix à payer à l'entrepreneur : montant forfaitaire ou prix fixe, prix fondé sur les dépenses remboursables plus les honoraires, et prix fondé sur les prix unitaires. En outre, ce chapitre mentionne brièvement certaines importantes questions contractuelles, telles que le respect du calendrier prévu, l'assurance de qualité et le bon fonctionnement de l'installation CET, l'établissement du prix et le paiement, la sous-traitance, la disponibilité des pièces de rechange, les demandes de paiement supplémentaires présentées par l'entrepreneur et l'exécution des obligations de paiement. Le chapitre 13 ("Contrat d'exploitation et de maintenance") énumère et décrit brièvement les principales questions qu'il faudra sans doute traiter dans un contrat entre le consortium du projet et la société qui supervisera l'exploitation et la maintenance au jour le jour de l'installation CET.

16. Les dernières étapes d'un projet CET, à savoir le transfert de l'installation à l'État hôte à la fin de la période de concession, sont traitées au chapitre 14 ("Transfert de la propriété"). En particulier, le chapitre 14 étudie des questions telles que l'extension possible de la période de concession, les conditions et le coût du transfert et les garanties lors du transfert. Les Directives de l'ONUDI s'achèvent par un résumé, au chapitre 15 ("Quelques critères pour la bonne application du concept CET"), des principaux éléments caractérisant les projets CET ayant donné de bons résultats dans les pays en développement.

B. Commission économique pour l'Europe

17. Sous les auspices de la Commission économique pour l'Europe de l'ONU (CEE/ONU) et de son Groupe de travail des contrats internationaux en usage dans l'industrie, relevant du Comité pour le développement du commerce (ci-après dénommé le "Groupe de travail"), un Séminaire sur les moyens d'attirer les investissements privés pour financer des grands projets d'infrastructure dans les pays d'Europe centrale et orientale et dans la CEI a été organisé à Genève le 13 novembre 1995. Entre autres questions, les participants au Séminaire ont examiné des questions juridiques et financières liées à la participation du secteur privé au financement des projets d'infrastructure du secteur public, notamment quelles lois sont nécessaires pour permettre la conclusion de contrats viables pour le financement des projets, et une loi sur le CET, par exemple, serait-elle nécessaire (l'ordre du jour complet du Séminaire a été publié dans le bulletin d'information TRADE/WP.5/53 du 21 juillet 1995). Les participants au Séminaire ont adopté une résolution (TRADE/R.633, annexe) recommandant notamment ce qui suit :

"12. Un groupe d'experts rassemblant des représentants du secteur public et du secteur privé devrait être constitué et chargé d'élaborer des directives sur les nouvelles techniques de financement des projets et d'établissement de budgets de construction, y compris le mécanisme CET, pour les pays d'Europe centrale et orientale et la CEI, sous l'égide [du Groupe de travail] (WP.5);

13. Ces directives devraient être diffusées dans le cadre de séminaires et être publiées par la Commission économique pour l'Europe de l'ONU, après avoir été soumises pour ratification aux experts juridiques de la CEE, rassemblés dans le cadre du [Groupe de travail] (WP.5)."

18. Le Groupe de travail a accepté la recommandation du Séminaire relative à la création du groupe d'experts et a décidé que ce groupe devrait travailler en pleine coopération avec la Banque européenne pour la reconstruction et le développement, qui avait participé activement au Séminaire et avait appuyé cette initiative (voir TRADE/R.633, par. 10).

C. Banque mondiale

19. La Banque mondiale a appuyé l'élaboration de différents projets CET dans un certain nombre de pays. Si elle fournit parfois une assistance à ses membres cherchant à mettre en place un cadre juridique et

réglementaire favorable aux investissements étrangers par le biais de projets CET, la Banque mondiale ne participe pas à l'effort général d'élaboration de lois types ou de directives sur les lois relatives aux projets CET.

D. Banque européenne pour la reconstruction et le développement

20. La Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD) fournit un appui financier à des projets CET dans différents secteurs (par exemple, les télécommunications, la production d'énergie, les pipelines, les routes, les aéroports et les systèmes de navigation aérienne, les ports et les terminaux industriels, le traitement des eaux et les réseaux d'assainissement et la gestion des déchets). La BERD joue également un rôle consultatif dans le cadre de ces projets, notamment pour ce qui est de certains aspects législatifs.

E. Fédération internationale des ingénieurs-conseils

21. Le 30 août 1995, la Fédération internationale des ingénieurs-conseils (FIDIC), organisation non gouvernementale ayant son siège à Lausanne (Suisse), a organisé un séminaire intitulé "La privatisation : de nouvelles perspectives pour les ingénieurs-conseils". Aux fins de ce séminaire, le mot "privatisation" était entendu comme englobant toute une gamme de nouvelles méthodes d'exécution des projets, notamment le mécanisme CET. Après un débat, les participants à ce séminaire sont convenus que la FIDIC devrait élaborer des conditions contractuelles applicables aux nouvelles méthodes de financement des projets.

III. UN CADRE JURIDIQUE APPROPRIÉ

A. Renforcement de la confiance des investisseurs étrangers

22. Le concept CET a été jusqu'ici essentiellement mis en pratique pour l'exécution de grands projets d'infrastructure exigeant des apports d'argent importants d'investisseurs privés. La plupart des fonds utilisés pour exécuter de tels projets proviennent en général d'emprunts auprès de banques commerciales et d'autres institutions financières. Toutefois, le remboursement des emprunts et la rémunération des investissements s'effectuent sur une longue période. Les prêteurs et les investisseurs escomptent donc que l'État hôte manifeste clairement son intention d'encourager les investissements privés à long terme et de les protéger de toute mesure d'expropriation ou de nationalisation sans dédommagement équitable.

23. L'ÉTAT hôte peut notamment manifester une telle intention en offrant un cadre juridique solide qui encouragera les investissements privés et protégera le recouvrement de la rémunération de ces investissements. Il s'agira essentiellement d'une législation régissant les investissements et d'autres questions commerciales générales, qui ne sera pas nécessairement axée sur les projets CET. La présence d'une telle législation facilite la négociation de projets. En effet, faute d'une telle législation, les documents contractuels devront traiter de diverses questions et garanties qui seraient normalement régies par cette législation, ce qui compliquera encore le processus de négociation.

B. Domaines de la législation régissant les projets CET

24. La législation applicable, dans une certaine mesure, aux projets CET se répartit entre deux catégories. La première catégorie englobe les lois axées essentiellement sur la promotion des investissements étrangers privés. Les dispositions présentant un intérêt particulier pour les promoteurs de projets CET et leurs prêteurs porteront notamment sur la propriété privée des terrains et d'autres avoirs, sur le rapatriement des bénéfices, sur la convertibilité en devises et sur les marchés publics. La seconde catégorie englobe la législation commerciale générale du pays hôte, notamment la législation sur l'enregistrement des entreprises commerciales, la cession de créances commerciales, les marchés publics, ainsi qu'un cadre législatif approprié régissant les contrats commerciaux et les procédures de règlement des litiges.

25. Dans certains des domaines mentionnés ci-dessus, il existe des textes juridiques harmonisés, notamment des textes découlant des travaux de la Commission, qu'il serait bon que les États envisagent d'adopter. Il s'agit notamment de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, de la Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux, de la Loi type de la CNUDCI sur la passation de

marchés de biens, de travaux et de services, de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, de la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by et de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères.

26. Outre cette législation générale, il est souvent nécessaire de prévoir une législation plus spécifique pour la mise en œuvre de certains aspects des projets CET. Une telle législation non seulement constitue pour les investisseurs potentiels une manifestation claire de l'intérêt de l'État pour les projets BOT, mais aussi facilite la participation du secteur privé à des projets du secteur public. Par exemple, dans la plupart des États, des infrastructures publiques sont traditionnellement financées et gérées, dans une large mesure, par des institutions du secteur public, généralement en situation de monopole. Dans la plupart des cas, il peut être nécessaire d'instaurer un cadre législatif permettant une participation du secteur privé et, en particulier, autorisant à faire payer le public pour l'utilisation de l'installation à construire ou pour le produit des installations. Certaines autres questions qu'il pourrait être utile de traiter dans une telle législation sur les projets CET sont présentées aux paragraphes 31 à 84.

C. Approches législatives actuelles relatives aux projets CET

27. Les approches législatives diffèrent parmi les États ayant adopté des lois relatives aux projets CET. Certains États ont adopté des lois régissant l'exécution des projets CET en général. Dans certains cas, ces lois énoncent des paramètres généraux pour la négociation de contrats CET par les pouvoirs publics. Cela présente l'avantage de permettre de négocier les contrats avec souplesse, en tenant compte des circonstances particulières à chaque projet. Les dispositions de ces lois portent en général sur les questions suivantes : autorisation d'octroyer des concessions au secteur privé pour des projets CET; indication des secteurs dans lesquels des projets CET peuvent être entrepris; règles générales relatives au mode de financement et aux incitations pouvant être accordées aux entités désireuses d'exécuter des projets CET (y compris diverses formes d'abattements fiscaux). Des dispositions sur la passation des marchés, notamment sur les méthodes de sollicitation et d'évaluation des offres ou des propositions, sont aussi parfois incluses dans ces lois.

28. Dans certains États, des lois sont adoptées afin de régir l'exécution de projets CET dans des secteurs particuliers (par exemple, la production d'énergie, le traitement des eaux, les routes à péage, les transports publics). En général, de telles lois comportent des dispositions sur les types d'installations du secteur réglementé pouvant être construites au moyen de projets CET, l'ampleur de la participation de l'État (y compris les installations ou locaux pouvant être cédés par l'État au consortium du projet), la délivrance d'autorisations concernant le recouvrement des bénéfices (y compris parfois des calculs détaillés relatifs aux prix pouvant être demandés pour le produit du projet). Ces lois comportent aussi parfois des dispositions spéciales sur la manière dont seront passés les marchés pour le projet.

29. Une autre approche législative en la matière consiste à adopter une loi sur l'exécution d'un projet CET particulier, les parties ne pouvant négocier que les détails de son exécution. En général, une telle loi définit la teneur minimum des obligations contractuelles liées à la réalisation du projet, notamment des questions telles que le délai maximum pour lequel une concession peut être octroyée, l'ampleur d'une participation éventuelle de l'État, les règles relatives à la passation des marchés, le mode de remboursement de la dette et de rapatriement des bénéfices et les conditions d'exploitation et de transfert du projet.

IV. APERÇU DES QUESTIONS RÉGIES PAR LES LOIS NATIONALES

30. Afin de faciliter l'examen du champ d'application éventuel du texte que voudra peut-être élaborer la Commission dans ce domaine, les paragraphes 31 à 84 ci-après présentent un aperçu des questions et des solutions que l'on trouve dans les lois nationales. Lorsqu'il a élaboré le présent rapport, le secrétariat a examiné des textes législatifs et réglementaires, ainsi que des projets de loi relatifs à des projets CET types émanant de 24 pays. On notera que, comme de nombreux pays ne disposent pas de lois particulières sur les projets CET, le secrétariat a aussi examiné des lois et règlements nationaux généralement applicables à l'exécution de projets d'infrastructure dans le cadre d'un arrangement de type CET, par exemple les lois et règlements sur la passation des marchés, les concessions de services publics et les services de distribution.

A. Dispositions générales

1. Domaines dans lesquels une concession peut être accordée

31. De nombreuses lois nationales énumèrent les domaines dans lesquels une concession peut être accordée, par exemple la production et la distribution d'énergie, les systèmes de traitement des eaux, les moyens de transport, les télécommunications et l'exploitation minière. Certaines lois disposent qu'une concession peut être accordée dans les domaines où l'État bénéficie d'un monopole établi par la loi. Il y a également des dispositions limitant les concessions pour des raisons de sécurité nationale.

2. Déclarations de politique générale

32. Certaines lois énoncent les principes généraux à respecter par les pouvoirs publics lorsqu'ils préparent et concluent des arrangements relatifs à des projets CET. Ces dispositions peuvent se limiter à des déclarations de politique générale (par exemple, aux termes desquelles des organes du secteur public sont encouragés à ouvrir les marchés et les secteurs industriels aux investissements privés et étrangers) ou indiquer également les facteurs à prendre en compte avant de décider d'accorder ou non une concession (par exemple, l'octroi d'une concession à une entité privée permettra-t-il de réaliser des économies, ou quels effets aura un projet CET sur le transfert de technologie ou sur la qualité des services ?).

3. Organes de l'État compétents

33. Certaines lois portent création d'un organe de l'État autorisé à conclure un accord de projet, alors que d'autres lois délèguent ces pouvoirs à des organismes existants. Selon certaines lois, une concession exige l'approbation d'une autorité supérieure, par exemple, le parlement, le conseil des ministres ou une autorité de tutelle.

34. Outre qu'elles exigent qu'une concession soit autorisée, les lois nationales exigent souvent que des licences soient octroyées pour les activités exécutées dans le cadre d'arrangements CET, par exemple, l'utilisation d'un terrain public à des fins particulières ou l'installation de certains équipements. Le pouvoir d'octroyer de telles licences peut être donné à des organes différents, à différents niveaux de la structure des pouvoirs publics. On trouvera ci-après quelques exemples de dispositions conçues pour faciliter et diligenter l'octroi de telles licences ; dispositions exigeant l'énumération de toutes les licences nécessaires dans l'instrument relatif à la concession, dispositions chargeant un organe spécifié de contrôler la délivrance des autorisations et d'aider le concessionnaire à traiter avec les organes compétents en la matière, dispositions permettant de s'adresser à un seul organe pour obtenir les licences nécessaires aux fins de l'obtention d'une concession; et dispositions relatives aux délais à respecter pour donner suite à une demande de licence.

4. Planification et coordination

35. Vu le rôle que les opérations CET peuvent jouer dans une économie nationale ou régionale, les lois prévoient différents moyens de planifier et de coordonner ces opérations, par exemple : élaboration d'un plan-cadre pour les projets pouvant faire l'objet d'une concession; pouvoir donné à un organe d'autoriser les arrangements CET; obligation faite à cet organe de consulter d'autres organes spécifiés avant de donner son autorisation; subordination de la concession à l'autorisation d'une collectivité locale, si cette concession porte sur une activité exécutée par un organe de cette collectivité; obligation d'aviser des organismes publics spécifiés d'une proposition de projet CET et de publier les détails du projet envisagé intéressant le public ou les investisseurs potentiels; obligation faite aux organismes publics de coordonner les mesures qu'ils prennent en cas de modification imprévue du projet CET.

36. En outre, dans le cas où il y a plusieurs arrangements CET indépendants, mais techniquement liés entre eux (par exemple, dans le domaine des services de télécommunications), il peut être nécessaire d'assurer la coordination entre les concessionnaires ou les concessionnaires potentiels, afin d'assurer la compatibilité des solutions techniques retenues. Cette coordination peut être facilitée si l'on exige que les accords relatifs aux

projets comportent des dispositions appropriées sur la coordination ou si l'on dispose que des propositions seront faites aux concessionnaires.

5. Publicité et confidentialité

37. Les lois cherchent à établir un équilibre entre, d'une part, les intérêts de l'État ou du public, qui souhaitent avoir accès à certaines informations concernant les projets CET, et, d'autre part, les intérêts du concessionnaire, qui souhaite conserver certaines informations confidentielles. Les lois peuvent, par exemple, disposer que l'octroi de la concession et certaines clauses de l'accord de projet doivent être publiés ou doivent être accessibles au public. Parfois, les personnes ayant accès aux documents sont définies de manière plus restrictive, notamment par référence au type d'intérêt qu'elles ont pour le projet. Dans certains pays, des registres spéciaux des concessions sont tenus et le contrat n'est valide que s'il est enregistré. Par ailleurs, certaines lois garantissent la confidentialité des informations que le concessionnaire n'est pas tenu de publier, par exemple, en disposant que les fonctionnaires ayant accès aux informations relatives à la concession sont tenus d'en préserver la confidentialité.

B. Octroi de la concession

1. Conditions préalables et autres conditions

38. Du fait de l'importance des investissements requis et de la nécessité d'assurer la viabilité financière du concessionnaire, certaines lois exigent que les capitaux de la société exploitant la concession (capitaux propres) ne soient pas inférieurs à un certain pourcentage de l'investissement total. Certaines lois disposent que le consortium du projet est seul responsable de l'obtention des moyens financiers requis ou limitent tout investissement public à un pourcentage donné de l'investissement total.

39. De nombreuses lois énoncent des critères et autres exigences auxquels doivent satisfaire les actionnaires du concessionnaire. Ces dispositions, par exemple, autorisent expressément des étrangers à détenir des actions du concessionnaire; limitent la propriété étrangère à un certain pourcentage et réservent le reste aux investisseurs nationaux; interdisent la participation de personnes liées à l'État (par exemple, des experts engagés par l'État, des fonctionnaires, des représentants élus et leur famille); obligent les actionnaires à divulguer leurs relations avec des sociétés exécutant la même activité que le concessionnaire; accordent une préférence spéciale à des actionnaires tels que les municipalités du pays hôte, pour ce qui est par exemple des droits de vote ou des droits lors de nouvelles émissions d'actions; établissent la responsabilité qu'ont les actionnaires de préparer les comptes finals du projet, qui doivent être présentés à l'État à l'expiration de la période de concession ou lorsqu'il est mis fin à la concession.

2. Préférence donnée aux entités nationales

40. On a pu recenser plusieurs dispositions donnant la préférence aux entités nationales lors de l'octroi d'une concession. Cela peut se faire lors du processus de sélection du concessionnaire; on peut aussi obliger le concessionnaire déjà choisi à donner la préférence à des tiers nationaux. Certaines lois obligent expressément l'entité adjudicatrice à informer d'un projet particulier et de l'invitation à présenter des offres toutes les entités nationales susceptibles d'être intéressées. En outre, lorsque des offres également avantageuses sont présentées, l'offre de l'entité nationale pourra parfois être retenue. De plus, les lois peuvent comporter des dispositions accordant des marges de préférence aux soumissionnaires qui s'engagent à employer de la main-d'œuvre, des entrepreneurs ou des produits nationaux.

41. Un autre moyen de donner la préférence aux entités nationales consiste à contraindre le concessionnaire d'utiliser des produits nationaux. La même approche est parfois retenue pour ce qui est de l'emploi de main-d'œuvre nationale; certaines lois disposent que, lors de phases précises du projet, le concessionnaire doit employer du personnel national. Pour ce qui est de savoir ce qui doit être considéré comme une entité nationale, les lois divergent : certaines font référence à la propriété, d'autres au statut juridique.

3. *Sélection du concessionnaire*

42. Les lois analysées ont pour point commun de comporter des dispositions sur le choix du concessionnaire. Dans certaines lois, l'État est dans une très large mesure libre de choisir la méthode de sélection, y compris les négociations directes avec un ou plusieurs concessionnaires éventuels. D'autres méthodes sont similaires à celles qui sont décrites dans la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services, par exemple l'appel d'offres, l'appel d'offres restreint, l'appel d'offres en deux étapes, la sollicitation de propositions.

43. Dans certaines lois nationales, il est en principe obligatoire de recourir à l'appel d'offres public. Exceptionnellement, le recours à des négociations directes est autorisé, par exemple lorsqu'un appel d'offres public antérieur n'a pas abouti, lorsque le projet doit être financé entièrement au moyen de sources privées, ou en cas de proposition de projet CET non sollicitée.

44. En général, les lois comportent une liste des questions devant être mentionnées dans l'invitation à soumissionner et devant être examinées lors de l'évaluation de ces offres. Il s'agit par exemple de la structure du prix qu'imposera le concessionnaire, la possibilité d'augmenter ce prix, les subventions qui seront accordées ou qui devront être accordées par l'État au concessionnaire, le degré d'exclusivité dont bénéficiera le concessionnaire lors de l'exploitation du projet, la durée de la période de concession, l'extinction de la concession, le transfert par le concessionnaire du projet à l'État après la fin de la période de concession.

45. En cas de proposition non sollicitée, certaines lois autorisent des négociations directes avec le concessionnaire potentiel, alors que d'autres exigent que, si l'État est disposé à accorder une concession du type proposé, un appel d'offres public soit organisé sur la base des solutions techniques présentées dans la proposition non sollicitée. Dans ce cas, certaines lois autorisent l'octroi d'une marge de préférence (par exemple, 10 %) au soumissionnaire ayant présenté la proposition non sollicitée. L'objet de cette marge de préférence est de dédommager l'entrepreneur du coût de la préparation de la proposition non sollicitée et d'inciter les soumissionnaires à présenter de telles propositions.

46. Souvent, la société qui exploitera la concession n'aura pas encore été constituée au moment du choix du consortium du projet qui sera chargé du financement. C'est pourquoi, certaines lois traitent de l'obligation qu'a le consortium de constituer la société (concessionnaire) dans un délai donné après sa sélection, faute de quoi, l'État est en général libre d'octroyer la concession à une autre entité.

47. Il semble que, sauf exception mentionnée ci-après, les politiques qui sous-tendent les dispositions des lois nationales sur la sélection du concessionnaire sont pour l'essentiel les mêmes que celles qui sont énoncées dans la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services. Le processus de sélection du concessionnaire se caractérise notamment par le coût particulièrement élevé de la préparation des éléments techniques, commerciaux et financiers d'un projet CET, raison pour laquelle une marge de préférence est donnée aux concessionnaires potentiels ayant présenté une proposition non sollicitée. Des considérations particulières doivent également parfois être prises en compte lorsque plusieurs projets CET doivent être exécutés dans un secteur industriel où la concurrence est limitée (par exemple, les télécommunications ou l'approvisionnement en eau, en gaz ou en électricité). Dans ces cas, si l'État souhaite promouvoir la concurrence dans ces secteurs, il voudra peut-être accorder des concessions à plus d'un consortium, même si, sur la base de l'évaluation des autres éléments des propositions, il semblerait justifié d'octroyer la concession à un seul concessionnaire.

4. *Sélection des sous-traitants*

48. Les lois peuvent comporter les types suivants de dispositions sur le choix des sous-traitants du concessionnaire : l'obligation de spécifier dans l'offre le pourcentage de la valeur totale des travaux qui sera sous-traité; l'obligation d'indiquer les sous-traitants avant que la concession ne soit accordée; le pourcentage minimum de la valeur du projet devant être sous-traité à des sociétés qui ne sont pas affiliées au consortium du projet; l'obligation de recourir à des méthodes concurrentielles, notamment l'appel d'offres, pour choisir les sous-traitants. Certaines lois comportent des dispositions favorisant l'octroi de contrats de sous-traitance à des

sociétés du pays où le projet doit être exécuté (par exemple, mesures particulières ayant pour objet d'aviser les sous-traitants nationaux potentiels ou pour faire de la participation de sous-traitants nationaux un critère de sélection du concessionnaire).

49. Une institution internationale de financement dispose, dans ses directives concernant les marchés relatifs à des projets CET, que, si le concessionnaire a été choisi par une méthode concurrentielle appropriée, ce dernier est libre de choisir ses sous-traitants, alors que, si une méthode concurrentielle n'a pas été utilisée, une telle méthode doit l'être pour la sélection des sous-traitants.

5. L'accord de projet

50. La gamme des questions sur lesquelles doit porter l'accord de projet entre l'État et le concessionnaire est parfois spécifiée par la loi. Ainsi, certaines lois nationales exigent que l'accord de projet définisse les activités faisant l'objet de la concession. Certaines lois disposent que l'accord de projet doit comporter des dispositions sur les questions financières, par exemple le type et le montant de la garantie financière accordée par l'État pour l'exécution de l'accord de projet, le droit du concessionnaire sur les bénéfices tirés de l'activité concédée, l'obligation du concessionnaire de payer tous frais de concession à l'État, les critères ou méthodes utilisés pour déterminer et ajuster le prix pouvant être demandé par le concessionnaire. Les lois nationales peuvent également exiger que l'accord de projet prévoie une certaine supervision par l'État.

51. Certaines lois nationales peuvent définir plus avant les droits et obligations des parties en disposant que l'accord de projet doit régir des questions telles que les normes de qualité et le contrôle de l'exécution, la compensation accordée au concessionnaire en cas d'ajouts à l'installation ou d'améliorations de celle-ci, la responsabilité du concessionnaire en cas de manquement à ses obligations en vertu de l'accord de projet, y compris les pénalités ou dommages-intérêts spécifiés en cas de rupture du contrat, les conséquences d'un retard dans l'exécution du projet, la révision et la modification de l'accord de projet, la résiliation anticipée et le règlement des litiges.

52. Des lois nationales disposent également que l'accord de projet doit indiquer la préférence donnée, le cas échéant, par le concessionnaire à la main-d'œuvre et aux fournisseurs nationaux, la formation des employés ou toute exigence relative à la protection de l'environnement, aux domaines protégés par la loi, à la sécurité nationale et à l'ordre public.

C. Droits et obligations du concessionnaire

1. Nature de la concession

53. Plusieurs lois comprennent des dispositions qui définissent le régime juridique de la concession et la nature des droits du concessionnaire. Ainsi, certaines lois disposent que la concession porte sur un service public, qu'elle est exploitée au nom de l'État, ou que le droit concédé doit être exercé dans l'intérêt général. En outre, les lois nationales disposent généralement que l'État conserve la propriété de tous les biens publics que couvre la concession, le concessionnaire en ayant uniquement l'usage et la jouissance.

2. Obligations

54. De nombreuses lois comprennent des dispositions qui définissent les obligations du concessionnaire découlant de l'accord de projet. Il s'agit essentiellement de l'obligation d'exécuter le projet et de fournir les services voulus de manière adéquate et diligente conformément aux termes de l'accord de projet. Les lois nationales peuvent également imposer des obligations plus précises au concessionnaire, comme celle de contracter un certain type d'assurance, de fournir des garanties pour l'achèvement de différentes phases du projet (garantie de bonne exécution par exemple), d'utiliser et de transférer une technologie nouvelle lors de l'exécution du projet et de prendre soin de tout bien public.

3. Sources de recettes auxiliaires

55. Outre la partie principale de la concession, le concessionnaire peut être capable et désireux d'exécuter d'autres activités génératrices de recettes supplémentaires. Ainsi, dans le cadre d'une concession pour la construction et l'exploitation d'une route à péage, il peut obtenir l'autorisation d'aménager des terrains le long de ladite route afin de vendre des carburants, offrir des services de mécanique automobile, vendre des espaces publicitaires ou gérer des motels, des restaurants ou des boutiques. Grâce à ces activités auxiliaires, il peut accroître et diversifier ses sources de recettes et compenser ainsi le risque qu'il court de ne pas tirer de l'activité principale suffisamment de revenus pour dégager des bénéfices raisonnables. Des activités auxiliaires rentables peuvent aussi remplacer les garanties de l'État.

56. Certaines lois nationales indiquent expressément que le concessionnaire est uniquement autorisé à mener les activités liées à la concession et celles qui sont fonctionnellement rattachées à l'activité principale. D'autres mentionnent la possibilité de l'autoriser à fournir des services auxiliaires. Il est alors stipulé que l'État, lorsqu'il évalue les offres soumises par les consortiums s'intéressant au projet, tient également compte du nombre et de l'importance des services auxiliaires que les soumissionnaires pensent être autorisés à fournir. Certaines lois précisent si le concessionnaire peut ou ne peut pas bénéficier d'un certain degré d'exclusivité pour la fourniture de ces services. Dans les cas où il mène des activités auxiliaires, certaines dispositions lui interdisent de contraindre, directement ou indirectement, par contrat ou par l'emploi de spécifications techniques, les acheteurs de ses biens ou services principaux, à lui acheter également du matériel ou des services de maintenance auxiliaires.

4. Cession, sous-concession, nantissement

57. Les lois nationales ont des approches différentes en matière de cession, partielle ou totale, des droits du concessionnaire. Certaines l'autorisent, en la soumettant en général à l'approbation préalable de l'État, alors que d'autres l'interdisent totalement, quelle qu'en soit la forme. Parmi les lois qui l'autorisent, les solutions prévues sont aussi différentes. Dans certains pays, la loi permet uniquement la cession totale de la concession, y compris de tous les droits qui s'y rattachent, alors que dans d'autres elle autorise la cession partielle de certains droits.

58. De même, les lois nationales ne sont pas unanimes en ce qui concerne la possibilité pour le concessionnaire d'accorder des sous-concessions. Certaines exigent l'approbation préalable de l'État, alors que d'autres rejettent expressément cette pratique.

59. Certaines lois autorisent le concessionnaire à offrir les biens et les locaux qui font l'objet de la concession comme garantie de l'exécution de ses obligations. Dans ce cas, il est parfois exigé que ces biens et locaux continuent à être utilisés aux fins de la concession.

D. Obligations et engagements de l'État

1. Incitations financières et garanties

60. Bien que l'un des principaux objectifs des projets CET soit d'éviter que l'État ait à mobiliser des fonds publics pour leur exécution, dans beaucoup de ces projets, ce dernier apporte un soutien financier d'un type ou d'un autre, notamment des subventions, des prêts sans intérêts, l'exonération des droits de timbre et d'autres redevances, l'exonération ou l'abaissement des droits sur les importations de matériels utilisés pour le projet ou même une assurance d'un type ou d'un autre. Dans des cas où l'État fournit des garanties dans certaines limites, il peut, par exemple, garantir le droit du consortium du projet de convertir les devises gagnées dans le cadre de la concession dans une autre devise (en général librement convertible) ou la disponibilité d'un montant suffisant de devises étrangères pour permettre une telle conversion. L'ÉTAT peut aussi garantir le droit de transférer les recettes du projet vers un pays étranger, le droit de vendre une certaine quantité des biens ou services résultant du projet à un organisme public (de façon à assurer des rentrées minima au concessionnaire) ou la possibilité d'obtenir des prêts à court terme ou des garanties pour ces prêts en cas de difficultés de trésorerie dues à des circonstances extraordinaires ou imprévues. L'ÉTAT peut en outre garantir le remboursement d'une partie des prêts accordés au consortium du projet, ou encore garantir que le prix des biens ou des services que le

concessionnaire lui fournit (ou le prix demandé aux clients, compte tenu du contrôle officiel des prix) sera suffisant pour couvrir les coûts et permettre un taux de rendement raisonnable.

61. Certaines autres lois ne précisent pas le type de garantie que l'État est autorisé à fournir. Les lois de ce type peuvent se limiter à indiquer que l'État peut donner des garanties ou que les garanties, si elles sont accordées, doivent être énoncées dans l'accord de projet ou encore que, lors de l'évaluation des offres des concessionnaires potentiels, l'État tient compte des garanties qui lui sont demandées. Enfin, certaines lois, apparemment fondées sur le principe que les projets CET ne doivent pas faire appel à des fonds publics, excluent complètement de telles incitations, ou les limitent à un certain pourcentage du montant total de l'investissement ou du capital social de l'entreprise qui exploite la concession.

2. Autres garanties

62. Les lois prévoient souvent, outre des garanties financières éventuelles, d'autres types de garanties au titre desquelles l'État doit par exemple accorder un traitement préférentiel au concessionnaire en ce qui concerne le droit d'utiliser des terrains, des routes et d'autres équipements publics auxiliaires; faire des efforts raisonnables pour construire l'infrastructure nécessaire à une exploitation satisfaisante des équipements du projet (liaisons routières, terminaux, etc.). Elles peuvent aussi disposer que l'accord de projet pourra garantir le maintien de certaines conditions et que, si ces conditions changent, le concessionnaire sera en droit de recevoir un dédommagement, que sa rémunération pourra être réajustée, voire que l'accord de projet pourra être résilié. Il existe en outre des dispositions analogues à celles qui figurent en règle générale dans les traités sur la protection des investissements, visant notamment à assurer le respect de la propriété privée et à garantir que toute reprise de la concession sera soumise à la décision d'un organisme d'État et donnera lieu à une indemnisation raisonnable.

3. Imposition

63. Certaines lois prévoient un régime fiscal préférentiel pour les projets CET, par le biais soit d'une disposition directe ou soit d'une disposition précisant qu'un tel régime est possible, sous réserve de l'approbation d'un organisme donné. Les avantages fiscaux varient d'un pays à l'autre et peuvent comprendre l'un quelconque des éléments suivants : taux d'imposition préférentiel des recettes, éventuellement échelonné sur plusieurs étapes du projet (par exemple, abattement important pendant une période donnée après la première année où des bénéfices sont dégagés et abattement réduit par la suite), taux d'imposition préférentiel des bénéfices expatriés, si un tel impôt spécial existe, impôt préférentiel sur le chiffre d'affaires pour les biens ou services produits par le projet CET, exemption des règlements douaniers.

E. Exploitation de la concession

1. Fixation et augmentation des prix

64. Etant donné que le concessionnaire exploite souvent un projet qui bénéficie d'un certain monopole, de nombreuses lois traitent, directement ou indirectement, de la question des prix des biens ou services offerts. Certaines lois n'abordent pas directement la politique d'ajustement des prix mais renvoient la question à l'accord de projet. D'autres, en revanche, établissent un système de contrôle des prix appliqués par le concessionnaire. Dans ce cas, c'est l'État ou un organisme de réglementation qui les fixe, ou bien le concessionnaire après l'approbation des pouvoirs publics. Enfin, dans les lois qui portent sur des projets spécifiques ou un domaine de concession bien déterminé, le concessionnaire peut être parfois libre de fixer les prix qu'il juge raisonnables.

65. Le contrôle de l'État sur la fixation et l'augmentation des prix est soumis à différentes règles. Certaines lois se limitent à énoncer que les prix doivent être justes, raisonnables ou équitables. D'autres énoncent des critères supplémentaires tels que les suivants : les prix ne doivent pas dépasser les montants nécessaires pour amortir l'investissement, couvrir les coûts et dégager des bénéfices raisonnables; ils peuvent être ajustés de manière à rétablir l'équilibre économique et financier initial du contrat; ils doivent être liés à un indice des prix; un ensemble de critères normalisés de contrôle de la qualité (tels que ceux qui ont été établis par l'Organisation internationale de normalisation) doit être utilisé pour mesurer la qualité des résultats. Il y a aussi des lois qui

mentionnent, comme critère, les intérêts sociaux. En outre, certaines lois prévoient la possibilité d'une diminution des prix si les bénéfices du concessionnaire dépassent un taux de rendement des investissements préalablement fixé. Plusieurs limitent la fréquence des augmentations (par exemple, une fois par an).

66. En vertu de certaines lois, le concessionnaire a l'obligation de publier les prix ainsi que toute modification de ces derniers, et de s'en tenir à ceux qui ont été publiés. En outre, certaines lois exigent que les mêmes prix soient demandés à tous les clients (il en va de même pour d'autres conditions contractuelles). Parfois, le concessionnaire est autorisé à accorder un traitement différent à certaines catégories de clients. Lorsqu'il fournit différents types de biens ou de services, il peut aussi, selon certaines dispositions, bénéficier d'une "subvention interne", en ce sens qu'un prix peut être réduit, à condition qu'un autre soit augmenté comme il convient. Une loi dispose que, si l'État fixe un prix qui est inférieur au taux indiqué dans le contrat (ce qui peut se produire en raison, par exemple, de préoccupations sociales), il doit payer la différence. Une loi prévoit la possibilité de recourir à la conciliation et précise la composition de la commission et des procédures de conciliation, afin de faciliter la conclusion d'un accord sur le prix entre l'État et le concessionnaire.

2. *Suivi de l'exécution du projet*

67. Les lois nationales accordent souvent à l'État un certain niveau de contrôle et de suivi de la concession, mais les mécanismes d'application peuvent varier considérablement d'un cas à l'autre. Certaines lois exigent uniquement que l'accord de projet prévoie tel ou tel type de contrôle par l'État. D'autres comprennent des dispositions établissant un droit général de contrôle de l'État et vont même jusqu'à préciser divers droits, tels que celui d'avoir accès à tous les documents et livres, celui de pénétrer sur la propriété du concessionnaire, ou d'obtenir de ce dernier des rapports périodiques. Dans certains cas, l'État est habilité, dans différentes conditions et circonstances, à prendre temporairement le contrôle du projet et à en assurer l'exploitation. Certaines lois nationales disposent en outre que l'État doit détenir une action à droits particuliers ("*golden share*") dans la société concessionnaire lui permettant d'opposer son veto à certaines décisions, telles que la modification de la structure du capital ou les transferts d'actions. En outre, certaines lois prévoient la création d'un organe particulier ou d'un poste d'inspecteur spécial.

68. Par ailleurs, certaines lois habilite l'État à demander que le projet soit modifié, lorsque le plan original est jugé insuffisant ou lorsque l'intérêt général l'exige. Dans ce cas, des lois prévoient un dédommagement pour les dépenses supplémentaires encourues par le concessionnaire, alors que d'autres renvoient, pour le règlement de cette question, à l'accord de projet ou donnent au concessionnaire le droit de résilier le contrat.

F. Relations avec les clients

69. Un certain nombre de lois nationales contiennent des dispositions traitant spécifiquement de questions relatives aux clients. On trouvera ci-après des exemples de dispositions qui protègent les clients du concessionnaire : obligation de conclure un contrat avec toutes les parties intéressées, obligation de ne pas faire de discrimination à l'encontre de quelque groupe d'utilisateurs que ce soit, obligation de publier les conditions générales et les prix appliqués par le concessionnaire, dispositions imposant la soumission des conditions générales à un organe compétent pour approbation, obligation de délivrer des reçus aux clients qui le demandent, obligation de mettre en place une procédure d'enquête interne en cas de plaintes éventuelles des clients, droit des clients d'adresser des plaintes concernant les activités du concessionnaire à un organisme public et, en vertu de certaines lois, obligation dudit organisme d'examiner la plainte et de prendre une décision.

G. Relations avec les concurrents

70. Certaines lois disposent que, pour obtenir une concession, le concessionnaire doit conclure des accords, dont la teneur est précisée dans la concession, avec des concurrents qui fournissent des services ou biens identiques ou analogues. Ces accords peuvent porter sur l'emploi des mêmes normes techniques ou, par exemple dans le domaine des télécommunications, l'obligation de partager les infrastructures de communication.

H. Exécution des obligations du concessionnaire

1. Violation de l'accord

71. Un certain nombre de lois se limitent à exiger que l'accord de projet traite de la violation de l'accord par le concessionnaire et des conséquences de cette violation (en particulier le paiement de pénalités ou d'une indemnité forfaitaire, la résiliation de l'accord, le droit de réclamer paiement au titre des garanties données à l'État).

72. D'autres lois établissent en plus une distinction entre une violation pendant la période de construction et une violation pendant la période d'exploitation du projet, avec des exemples à l'appui, et prévoient différentes conséquences en fonction des cas.

73. D'autres lois traitent la violation dans le contexte de la résiliation de l'accord de projet et donnent des exemples de violation pouvant entraîner la résiliation (par exemple l'incapacité à réunir les fonds nécessaires à la construction de l'installation, à établir la documentation technique requise pour commencer les travaux, à respecter les réglementations techniques pendant la construction, à obtenir les investissements en temps voulu, à assurer la maintenance de l'installation conformément aux normes convenues, à fournir les informations convenues à l'État, à appliquer les normes minima pour les services, conformément aux conditions fixées dans l'accord, ou encore l'imposition de prix supérieurs à ce qui était permis en vertu de l'accord). Certaines lois disposent que l'accord de projet ne peut être résilié qu'en cas de violation grave.

74. Certaines lois contraignent le concessionnaire à indemniser l'État pour tout recours intenté contre ce dernier en raison des activités dudit concessionnaire.

2. Empêchements

75. Les lois nationales divergent considérablement en ce qui concerne les circonstances qui empêchent le concessionnaire de remplir ses obligations au titre de l'accord. Certaines prévoient la résiliation de l'accord si le concessionnaire n'est plus en mesure de faire face à ses obligations en raison de changements imprévisibles des circonstances, indépendants de sa volonté. D'autres prévoient la prolongation de la période de concession, de manière à donner au concessionnaire la possibilité de s'ajuster à la nouvelle situation. Dans ce cas, certaines lois envisagent la fourniture par l'État d'une assistance financière, alors que d'autres l'excluent totalement si elle n'avait pas été prévue initialement dans l'accord de projet. Un autre groupe de lois nationales autorise une révision de l'accord de projet, de manière à tenir compte du changement de situation.

I. Résiliation de la concession

1. Causes communes de résiliation

76. On trouve dans les lois nationales divers motifs de résiliation de la concession. Il s'agit en général de l'une ou plusieurs des causes suivantes : consentement mutuel, expiration de la période de concession, décès, dissolution ou faillite de l'entreprise concessionnaire, rachat de la concession par l'État, expropriation ou autre forme de saisie par l'État, changement des plans et priorités de l'État, intérêt général, défense ou sécurité nationale, violation grave de l'accord par l'une ou l'autre des parties.

77. Certaines lois énoncent les conséquences de la résiliation, en fonction de ses causes. En cas de faillite, par exemple, plusieurs prévoient un droit "d'ingérence" en faveur des tiers intéressés (en général les créanciers du concessionnaire), qui peut comprendre le droit de demander le transfert de la concession.

2. Prolongation

78. La prolongation de la concession au-delà de la période prévue est une possibilité qui n'est pas acceptée de la même manière dans toutes les lois nationales. Certaines autorisent une prolongation uniquement si celle-ci est expressément permise dans l'accord de projet et dans des circonstances précises. D'autres autorisent en

général l'État à accorder une prolongation, à condition que le concessionnaire n'ait manqué à aucune de ses principales obligations. Certaines imposent une limite dans le temps, ou prévoient une seule prolongation sans appel d'offres. Certaines, toutefois, accordent au concessionnaire un droit à prolongation aux mêmes conditions, ou prévoient un renouvellement automatique si ni l'une ni l'autre des parties ne donnent de préavis de résiliation.

3. Transfert du projet à l'État

79. Les lois examinées ont pour caractéristique commune de prévoir le transfert de l'intégralité du projet à l'État, sans frais ni passif, à expiration de la concession. En outre, certaines lois nationales permettent un transfert avant l'expiration de la concession par rachat par l'État et paiement d'une indemnité raisonnable au concessionnaire.

80. On trouve cependant différentes solutions concernant la procédure suivie. En vertu de certaines lois nationales, le transfert a lieu automatiquement à la fin de la période de concession, mais selon d'autres, il faut qu'il y ait acte de transfert par le concessionnaire. Les lois nationales diffèrent également en ce qui concerne le type de biens à transférer. Certaines font une distinction entre les biens qui sont originellement attachés à la concession, et qui doivent être rendus à l'État, et les biens qui ont été acquis pendant la période de concession aux fins de l'exploitation du projet et que le concessionnaire peut conserver ou pour lesquels il peut demander une indemnisation.

81. Certaines lois nationales donnent à l'État la possibilité de demander, au lieu du transfert, le démantèlement complet des installations du projet aux frais du concessionnaire si, à la fin de la concession, il décide qu'il n'est pas dans l'intérêt national de conserver ces installations.

J. Dispositions diverses

1. Loi applicable

82. Nombre des lois analysées comprennent des dispositions sur la loi qui régit l'accord de projet. Certaines prévoient l'applicabilité de la législation de l'État qui accorde la concession. Quelques-unes précisent qu'une concession constitue un accord relevant du droit privé, et plus particulièrement du droit des contrats, alors que d'autres disposent qu'une concession relève du droit public et que c'est le droit administratif qui s'applique.

83. D'autres lois autorisent expressément le choix d'une législation nationale autre que celle de l'État qui accorde la concession; certaines précisent les questions auxquelles s'applique la législation de l'État qui accorde la concession, quel que soit l'accord sur la loi applicable (par exemple, transfert de technologie, comptabilité, statistiques, relations du travail, contrôle des changes, régime des exportations et des importations, résidence des personnes et réglementation concernant les voyages). Une loi permet, outre le recours à la législation nationale pour certaines questions, l'application des principes pertinents du droit international et, si les parties à un litige en conviennent, l'application des principes d'équité.

2. Règlement des litiges

84. Certaines lois énoncent que l'accord de projet doit contenir une clause sur le règlement des litiges, sans donner toutefois d'indications précises sur sa teneur. D'autres prévoient que tout litige doit être réglé par les tribunaux compétents de l'État qui accorde la concession. D'autres encore autorisent expressément l'arbitrage; selon une loi, une procédure d'arbitrage peut être convenue à condition que cela ait été stipulé dans l'appel d'offres; aux termes d'une autre loi, tout arbitrage doit avoir lieu dans l'État où a été accordée la concession. Il existe aussi des lois qui prévoient qu'une procédure de conciliation doit être tentée avant de recourir à un règlement du litige ayant force obligatoire.

V. CONCLUSION

85. Les opérations de type CET peuvent jouer un rôle fondamental dans la politique économique d'un État. Selon l'expérience d'un grand nombre de pays, il est nécessaire, pour attirer les investisseurs vers des projets

CET, d'adopter une législation sur ce type d'opération. Le chapitre IV du présent document passe brièvement en revue les lois existantes en la matière.

86. Les solutions que l'on trouve dans les lois nationales révèlent des divergences, ainsi que des différences dans le niveau de détail et de complexité. Si certains États ont mis en place une législation générale sur les projets CET, d'autres, par contre, ont adopté des textes portant plus précisément sur divers secteurs industriels, tels que l'électricité, la construction de terminaux maritimes ou d'installations de traitement des eaux. Dans certains cas, des lois ont été adoptées pour des projets CET particuliers.

87. Les lois nationales proposent également des solutions différentes à des questions apparemment analogues ou identiques, solutions qui sont susceptibles d'avoir un impact sur la capacité du pays à attirer les investissements étrangers par le biais de projets CET. Ces dissemblances peuvent découler de différences dans les politiques sous-jacentes; ces politiques, et la façon dont elles sont traduites dans les textes législatifs, peuvent aussi dépendre du champ d'application de la loi (opérations CET en général ou projets dans un secteur industriel uniquement). Toutefois, la diversité des solutions nationales peut également, dans une certaine mesure, tenir au fait que les rédacteurs des lois n'avaient pas accès aux données d'expérience et aux solutions d'autres États et ne disposaient pas de solutions types, en particulier de procédures harmonisées au plan international.

88. Comme on l'a vu aux paragraphes 11 à 21, les organisations qui ont effectué des travaux dans le domaine des opérations CET ne cherchent pas à donner des orientations générales aux législateurs nationaux concernant ce type d'opérations.

89. La Commission souhaitera peut-être conclure qu'il serait utile que les États bénéficient de conseils sur le plan législatif pour l'élaboration ou la modernisation de leurs lois sur les projets CET et qu'elle devrait offrir ce type de conseils.

90. Pour ce qui est de la forme, la Commission estimera peut-être que tout travail préparatoire devra avoir pour objectif de guider le législateur en décrivant les objectifs législatifs, en examinant les solutions possibles pour les atteindre et en étudiant leurs avantages et leurs inconvénients. La Commission souhaitera peut-être déterminer, en fonction des progrès des travaux, s'il est possible et souhaitable d'élaborer une loi type.

91. Si la Commission décide d'entreprendre des travaux dans le domaine des opérations CET, elle souhaitera peut-être demander au secrétariat d'examiner, avec l'aide d'un groupe d'experts et en coopération avec d'autres organisations internationales ayant des connaissances spécialisées en la matière, les questions sur lesquelles il pourrait être utile de donner des conseils de caractère législatif et de préparer les premiers projets de chapitres d'un guide aux fins d'examen par la Commission. Pour ce qui est de la portée des travaux, la Commission souhaitera peut-être considérer que ces derniers doivent porter, tout au moins au départ, sur les projets CET en général. Il pourrait être ensuite décidé, au cours des travaux préparatoires, d'examiner l'utilité de l'ajout de considérations spéciales ou de dispositions types relatives à certains secteurs industriels.

92. Pour ce qui est des travaux sur les aspects contractuels des projets CET, la Commission souhaitera peut-être demander au secrétariat de continuer à suivre les travaux d'autres organisations telles que la Commission économique pour l'Europe et la Fédération internationale des ingénieurs-conseils (FIDIC). Elle pourrait, à la lumière de leurs travaux, envisager en temps opportun des formes de coopération avec ces organisations (par exemple, examen de leurs projets et recommandations sur le sujet par un groupe de travail aux fins d'approbation ultérieure par la Commission). Elle pourrait aussi décider d'élaborer elle-même un guide juridique sur certains types de clauses contractuelles des accords de projet entre les États et les concessionnaires, qui posent des problèmes particuliers.

VI. ÉTAT DES CONVENTIONS

Note du secrétariat (A/CN.9/428) [original : anglais]

1. À sa treizième session (1980), la Commission a décidé qu'elle examinerait, à chacune de ses sessions, l'état des conventions auxquelles ses travaux avaient abouti¹.

2. La présente note indique l'état des conventions et lois types découlant des travaux de la Commission. Elle indique également l'état de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958), qui a été adoptée avant la création de la Commission : en effet, cette Convention est étroitement liée aux travaux de la Commission dans le domaine de l'arbitrage commercial international.

3. La note indique les changements intervenus depuis le 2 mai 1995, date à laquelle a été publié le dernier rapport sur la question (A/CN.9/416). Le nom des États figurant dans la liste ci-jointe qui ont adhéré à une convention ou adopté des lois fondées sur une loi type depuis l'établissement du dernier rapport est en caractères gras.

4. Les textes suivants sont traités dans la note :

a) Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (New York, 1974) (faits nouveaux : ratification de la Pologne et adhésion, par adhésion au Protocole, de la Slovaquie; nombre d'États parties : 20); Protocole modifiant la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de

¹Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-cinquième session, Supplément n° 17 (A/35/17), par. 163.

marchandises (Vienne, 1980) (faits nouveaux : adhésion de la Pologne et de la Slovaquie); Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, 1978 ("Règles de Hambourg") (faits nouveaux : ratification de la République tchèque, adhésion de la Gambie et de la Géorgie; nombre d'États parties : 25); Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980) (faits nouveaux : ratification de la Pologne; nombre d'États parties : 45); Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux (New York, 1988) (la Convention a deux États parties; huit adhésions supplémentaires sont nécessaires pour qu'elle entre en vigueur); Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international (Vienne, 1991) (faits nouveaux : adhésion de la Géorgie; un État partie; cinq adhésions à la Convention sont nécessaires pour qu'elle entre en vigueur); Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, 1985 (nouvelles juridictions ayant adopté des lois fondées sur la Loi type : Guatemala, Inde, Kenya, Malte, Sri Lanka; nombre total de juridictions ayant adopté de telles lois : 39); Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services (1994) (juridictions ayant adopté des lois fondées sur la Loi type : Albanie et Pologne; nombre total de juridictions ayant adopté de telles lois : 2); Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958) (faits nouveaux : adhésion du Kazakhstan, de l'Ouzbékistan et du Viet Nam; nombre total d'États parties : 108).

**1. Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises
(New York, 1974)⁺**

<i>État^a</i>	<i>Signature</i>	<i>Ratification Adhésion Approbation Succession (*)</i>	<i>Entrée en vigueur</i>
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		
Cuba		2 novembre 1994	1er juin 1995
Égypte		6 décembre 1982	1er août 1988
États-Unis d'Amérique		5 mai 1994	1er décembre 1994
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 ¹	11 décembre 1975	20 mars 1980	1er août 1988
Ouganda		12 février 1992	1er septembre 1992
<i>Pologne</i>	14 juin 1974	<i>19 mai 1995</i>	1er décembre 1995
République dominicaine		23 décembre 1977	1er août 1988
République tchèque ^c		30 septembre 1993*	1er janvier 1993

<i>État^a</i>	<i>Signature</i>	<i>Ratification Adhésion Approbation Succession (*)</i>	<i>Entrée en vigueur</i>
Roumanie		23 avril 1992	1er novembre 1992
Slovaquie ^c		28 mai 1993*	1er janvier 1993
<i>Slovénie</i>		<i>2 août 1995</i>	<i>1er mars 1996</i>
Ukraine	14 juin 1974	13 septembre 1993	1er avril 1994
Yougoslavie		27 novembre 1978	1er août 1988
Zambie		6 juin 1986	1er août 1988

Simple signatures : 7; ratifications, adhésions et successions : 20

^aLe 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.

^aLa 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.

^bLa 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.

^cLa 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

¹Au 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)

<i>État^a</i>	<i>Adhésion Succession (*)</i>	<i>Entrée en vigueur</i>
Argentine	19 juillet 1983	1er août 1988
Cuba	2 novembre 1994	1er juin 1995
Egypte	6 décembre 1982	1er août 1988
États-Unis d'Amérique ¹	5 mai 1994	1er décembre 1994
Guinée	23 janvier 1991	1er août 1991

<i>État^a</i>	<i>Adhésion Succession (*)</i>	<i>Entrée en vigueur</i>
Hongrie	16 juin 1983	1er août 1988
Mexique	21 janvier 1988	1er août 1988
Ouganda	12 février 1992	1er septembre 1992
<i>Pologne</i>	<i>19 mai 1995</i>	<i>1er décembre 1995</i>
République tchèque ^b	30 septembre 1993*	1er janvier 1993
Roumanie	23 avril 1992	1er novembre 1992
Slovaquie ^b	28 mai 1993*	1er janvier 1993
<i>Slovénie</i>	<i>2 août 1995</i>	<i>1er mars 1996</i>
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.

^aLe Protocole a fait l'objet d'une adhésion de l'ancienne République démocratique allemande le 31 août 1989; il est entrée en vigueur le 1er mars 1990.

^bLe 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

¹Au 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 transports de marchandises par mer (Hambourg, 1978)

<i>État</i>	<i>Signature</i>	<i>Ratification Adhésion</i>	<i>Entrée en vigueur</i>
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		
Egypte	31 mars 1978	23 avril 1979	1er novembre 1992

<i>État</i>	<i>Signature</i>	<i>Ratification Adhésion</i>	<i>Entrée en vigueur</i>
Equateur	31 mars 1978		
États-Unis d'Amérique	30 avril 1979		
Finlande	18 avril 1979		
France	18 avril 1979		
<i>Gambie</i>		<i>7 février 1996</i>	<i>1er mars 1997</i>
<i>Géorgie</i>		<i>21 mars 1996</i>	<i>1er avril 1997</i>
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 tchèque ^a	2 juin 1993	<i>23 juin 1995</i>	<i>1er juillet 1996</i>
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		

<i>État</i>	<i>Signature</i>	<i>Ratification Adhésion</i>	<i>Entrée en vigueur</i>
Zambie		7 octobre 1991	1er novembre 1992

Simple signatures : 20; ratifications et adhésions : 25

^aLa Convention a été signée le 6 mars 1979 par l'ancienne Tchécoslovaquie 1/. Le 28 mai 1993, la Slovaquie et, le 2 juin 1993, la République tchèque ont déposé leurs instruments de succession à la signature et la République tchèque a déposé son instrument de ratification le 23 juin 1995. Lors de la ratification, la République tchèque a retiré la déclaration visée à la note 1/ qui avait été faite par l'ex-Tchécoslovaquie.

Déclarations et réserves

¹Au 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)

<i>État</i>	<i>Signature</i>	<i>Ratification Adhésion Approbation Succession (*)</i>	<i>Entrée en vigueur</i>
Allemagne ^{a1}	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
Cuba		2 novembre 1994	1er décembre 1995
Danemark ⁵	26 mai 1981	14 février 1989	1er mars 1990
Egypte		6 décembre 1982	1er janvier 1988
Equateur		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 ⁷	31 août 1981	11 décembre 1986	1er janvier 1988

<i>État</i>	<i>Signature</i>	<i>Ratification Adhésion Approbation Succession (*)</i>	<i>Entrée en vigueur</i>
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
Géorgie		16 août 1994	1er septembre 1995
Ghana	11 avril 1980		
Guinée		23 janvier 1991	1er février 1992
Hongrie ^{2, 8}	22 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
Lituanie ²		18 janvier 1995	1er février 1996
Mexique		29 décembre 1987	1er janvier 1989
Moldova		13 octobre 1994	1er novembre 1995
Norvège ⁵	26 mai 1981	20 juillet 1988	1er août 1989
Nouvelle-Zélande ⁶		22 septembre 1994	1er octobre 1995
Ouganda		12 février 1992	1er mars 1993
Pays-Bas	29 mai 1981	13 décembre 1990	1er janvier 1992
Pologne	28 septembre 1981	<i>19 mai 1995</i>	<i>1er juin 1996</i>
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 ⁷	11 avril 1980	16 février 1995	1er mars 1996
Slovaquie ^c		28 mai 1993*	1er janvier 1993
Slovénie		7 janvier 1994*	25 juin 1991
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

Simple signatures : 2; ratifications, adhésions, approbations, acceptations et successions : 45

^aLa 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.

^bLa 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.

^cLa 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 1991⁷. 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

¹Au 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.

²Au moment de l'adhésion, l'Argentine, le Bélarus, le Chili, l'Estonie, la Hongrie, la Lituanie, 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.

³Au 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-Édouard, 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.

⁴Au moment de l'approbation, la Chine a déclaré qu'elle ne se considérerait 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.

⁵Au 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.

⁶Au moment de l'adhésion, la Nouvelle-Zélande a déclaré que cette adhésion le liait pas les Îles Cook, Nioué ou Tokélaou.

⁷Au moment de la ratification, les États-Unis d'Amérique, Singapour et la Tchécoslovaquie ont déclaré qu'ils ne seraient pas liés par l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article premier.

⁸Au moment de la ratification, la Hongrie a déclaré qu'elle considérerait les Conditions générales de livraison de marchandises entre organisations des pays membres du Conseil d'assistance économique mutuelle comme 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)

<i>État</i>	<i>Signature</i>	<i>Ratification</i> <i>Adhésion</i>	<i>Entrée en vigueur</i>
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	

Simple signatures : 3; ratifications et adhésions : 2

Nombre de ratifications et d'adhésions nécessaires pour l'entrée en vigueur de la Convention : 10

^aLa 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)

<i>État</i>	<i>Signature</i>	<i>Ratification</i> <i>Adhésion</i>	<i>Entrée en vigueur</i>
Espagne	19 avril 1991		
États-Unis d'Amérique	30 avril 1992		
France	15 octobre 1991		
<i>Géorgie</i>		<i>21 mars 1996</i>	
Mexique	19 avril 1991		
Philippines	19 avril 1991		

Simple signatures : 5; adhésions : 1

Nombre de ratifications et d'adhésions nécessaire pour l'entrée en vigueur de la Convention : 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, à Bahreïn, 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 Ecosse, en Egypte, dans la Fédération de Russie, en Finlande, au *Guatemala*, en Hongrie, à Hong-kong, en *Inde*, au *Kenya*, à *Malte*, au Mexique, au Nigéria, au Pérou, à Singapour, à *Sri Lanka*, en Tunisie, en Ukraine et dans les États de Californie, du Connecticut, de l'Orégon et du Texas aux États-Unis d'Amérique.

8. Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services (1994)

Des textes législatifs fondés sur la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services ont été adoptés en *Albanie* et en *Pologne*.

**9. Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères
(New York, 1958)**

<i>État</i>	<i>Signature</i>	<i>Ratification Adhésion Succession (*)</i>
Afrique du Sud		3 mai 1976
Algérie ^{1, 2}		7 février 1989
Allemagne ^{a 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
Bolivie		28 avril 1995
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

<i>État</i>	<i>Signature</i>	<i>Ratification Adhésion Succession (*)</i>
Djibouti		14 juin 1983
Dominique		28 octobre 1988
Egypte		9 mars 1959
El Salvador	10 juin 1958	
Equateur ^{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 ^{b 1,4}	29 décembre 1958	24 août 1960
Finlande	29 décembre 1958	19 janvier 1962
France ¹	25 novembre 1958	26 juin 1959
Géorgie		2 juin 1994
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
<i>Kazakhstan</i>		<i>20 novembre 1995</i>
Kenya ¹		10 février 1989
Koweït ¹		28 avril 1978
Lesotho		13 juin 1989
Lettonie		14 avril 1992
Lituanie ⁴		15 mars 1995
Luxembourg ⁴	11 novembre 1958	9 septembre 1983
Madagascar ^{1,2}		16 juillet 1962
Malaisie ^{1,2}		5 novembre 1985
Mali		8 septembre 1994

<i>État</i>	<i>Signature</i>	<i>Ratification Adhésion Succession (*)</i>
Maroc ¹		12 février 1959
Mexique		14 avril 1971
Monaco ^{1,2}	31 décembre 1958	2 juin 1982
Mongolie ^{1,2}		24 octobre 1994
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
<i>Ouzbékistan</i>		<i>7 février 1996</i>
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
Portugal ¹		18 octobre 1994
République arabe syrienne		9 mars 1959
République centrafricaine ^{1,2}		15 octobre 1962
République de Corée ^{1,2}		8 février 1973
République tchèque ^a		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
Sénégal		17 octobre 1994
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

<i>État</i>	<i>Signature</i>	<i>Ratification Adhésion Succession (*)</i>
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
Venezuela ^{1,2}		8 février 1995
<i>Viet Nam</i> ^{1,2,4,9}		<i>12 septembre 1995</i>
Yougoslavie ^{1,2,7}		26 février 1982
Zimbabwe		29 septembre 1994

Simple signatures : 2; ratifications, adhésions et successions : 108

^aLa 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.

^bLa 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.

^cLa 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

(À l'exclusion des déclarations territoriales et de certaines autres réserves et déclarations de nature politique)

¹La Convention s'appliquera uniquement à la reconnaissance et à l'exécution des sentences prononcées sur le territoire d'un autre État contractant.

²La Convention s'appliquera seulement aux différends issus de relations juridiques - contractuelles ou non - que la loi nationale considère comme étant d'ordre commercial.

³La 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.

⁴En 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.

⁵Le 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.

⁶La Convention ne s'appliquera pas aux différends portant sur des biens immobiliers situés dans l'État considéré ou sur un droit relatif auxdits biens.

⁷La Convention s'appliquera seulement aux sentences arbitrales postérieures à son entrée en vigueur.

⁸Le 23 avril 1993, la Suisse a notifié au Secrétaire général sa décision de retirer la déclaration qu'elle avait faite lors de la ratification.

⁹La Convention sera interprétée par les tribunaux ou les autorités compétentes du Viet Nam conformément à la Constitution et au droit vietnamiens.

VII. FORMATION ET ASSISTANCE TECHNIQUE

Formation et assistance technique : note du secrétariat (A/CN.9/427) [original : anglais]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION	1 - 2
I. TENDANCES EN MATIÈRE DE FORMATION ET D'ASSISTANCE TECHNIQUE ..	3 - 4
II. ASSISTANCE TECHNIQUE AUX ÉTATS POUR L'ÉLABORATION ET L'APPLICATION DE LÉGISLATIONS	5 - 7
III. SÉMINAIRES ET MISSIONS D'INFORMATION DE LA CNUDCI	8 - 11
IV. AUTRES SÉMINAIRES, CONFÉRENCES, COURS ET ATELIERS	12 - 13
V. PROGRAMME DES STAGES	14 - 15
VI. ACTIVITÉS FUTURES	16 - 17
VII. MISE EN ŒUVRE DU PROGRAMME DE FINANCEMENT	18 - 21

INTRODUCTION

1. Conformément à la décision prise par la Commission à sa vingtième session (1987), la formation et les activités d'assistance figurent parmi les grandes priorités de la CNUDCI¹. Le programme de formation et d'assistance technique exécuté par le secrétariat dans le cadre du mandat qui lui a été donné par la Commission, en particulier dans les pays en développement et les pays dont les systèmes économiques sont en transition, comprend deux grands volets : *a*) les activités d'information visant à faire connaître les conventions sur le droit commercial international, les lois types et d'autres textes juridiques; et *b*) une assistance aux Etats Membres pour appuyer leurs efforts de réforme du droit commercial et les aider à adopter des textes de la CNUDCI.

2. La présente note expose les activités que le secrétariat a entreprises depuis la vingt-huitième session de la Commission (2-26 mai 1995) et examine les activités futures possibles en matière de formation et d'assistance technique, compte tenu des tendances de la demande de ces services.

I. TENDANCES EN MATIÈRE DE FORMATION ET D'ASSISTANCE TECHNIQUE

3. On constate une augmentation continue et sensible de l'importance qu'accordent les gouvernements, les milieux d'affaires nationaux et internationaux et les organismes d'aide multilatéraux et bilatéraux à l'amélioration du cadre juridique du commerce et de l'investissement internationaux. La CNUDCI a un rôle important à jouer dans ce processus, puisqu'elle a élaboré des instruments juridiques, dont elle encourage l'utilisation, dans un certain nombre de domaines clefs du droit commercial. Ces instruments qui représentent des normes et des solutions internationalement convenues et acceptables pour différents systèmes juridiques, sont notamment les suivants :

¹Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-deuxième session, Supplément nE17 (A/42/17), par. 335.

a) Dans le domaine des ventes, la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises et la Convention des Nations Unies sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises;

b) Dans le domaine du règlement des litiges, le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, le Règlement de conciliation de la CNUDCI et la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international;

c) Dans le domaine de la passation des marchés, la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services;

d) Dans le domaine bancaire et des paiements, la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by, la Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux et la Convention des Nations Unies sur les lettres de changes internationales et les billets à ordre internationaux;

e) Dans le domaine des transports, la Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, 1978 (Règles de Hambourg) et la Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international.

4. La vague de mesures de réforme du droit commercial est pour la CNUDCI une occasion cruciale à ne pas négliger de promouvoir vigoureusement l'objectif tendant à coordonner, régulariser et accélérer sensiblement le processus d'harmonisation et d'unification du droit commercial international, envisagé par l'Assemblée générale dans sa résolution 2205 (XXI) du 17 décembre 1966.

II. ASSISTANCE TECHNIQUE AUX ÉTATS POUR L'ÉLABORATION ET L'APPLICATION DE LÉGISLATIONS

5. Une assistance technique est fournie aux États qui préparent une législation fondée sur des textes juridiques de la CNUDCI, en particulier dans des domaines tels que l'arbitrage commercial international, la passation des marchés et les virements internationaux. Cette assistance prend diverses formes, notamment l'examen des projets préparatoires de lois du point de vue des textes juridiques de la CNUDCI, des services consultatifs techniques et une aide pour l'établissement d'une législation fondée sur des textes juridiques de la CNUDCI, l'élaboration de réglementations pour l'application de cette législation (réglementation sur la passation des marchés par exemple), des commentaires sur les rapports des commissions de réforme du droit et des séances d'information à l'intention des législateurs, des juges, des arbitres, des responsables des achats et d'autres utilisateurs des textes juridiques de la CNUDCI incorporés au droit interne. Dans le cadre de l'assistance technique, le secrétariat fournit aussi des conseils sur la mise en place d'arrangements institutionnels pour l'arbitrage commercial international, notamment par le biais de séminaires de formation à l'intention des arbitres, des juges et des praticiens dans ce domaine.

6. Pour que les pays bénéficiaires tirent le meilleur parti possible de l'assistance technique de la CNUDCI, le secrétariat a pris des mesures visant à accroître la coopération et la coordination avec des organismes d'aide au développement. Une coopération et une coordination entre les entités qui fournissent une assistance technique dans le domaine juridique présentent un grand avantage : elles permettent que, lorsque des entités du système des Nations Unies ou des entités qui y sont extérieures fournissent ce type d'assistance, les textes juridiques formulés par la Commission et dont l'Assemblée générale recommande l'adoption soient effectivement pris en considération et utilisés.

7. Du point de vue des États bénéficiaires, la valeur de l'aide technique de la CNUDCI tient à l'expérience accumulée par le secrétariat dans l'élaboration de textes juridiques et dans la fourniture d'une assistance technique aux gouvernements pour l'établissement de leurs textes de loi. Le secrétariat aide également à établir des systèmes juridiques qui non seulement sont intérieurement cohérents mais qui utilisent aussi des conventions sur le droit commercial, des lois types et d'autres textes juridiques mis au point au niveau international. L'harmonisation juridique qui en résulte permet de renforcer au maximum la capacité des milieux commerciaux des différents États à planifier et conduire avec succès des opérations commerciales.

III. SÉMINAIRES ET MISSIONS D'INFORMATION DE LA CNUDCI

8. Les activités d'information de la CNUDCI prennent traditionnellement la forme de séminaires et de missions d'information destinés à des fonctionnaires de ministères intéressés (commerce, affaires étrangères, justice et transports par exemple), des juges, des arbitres, des praticiens du droit, les milieux commerciaux, des universitaires et d'autres personnes intéressées. Ces séminaires et missions d'information ont pour but d'expliquer les principales caractéristiques et l'intérêt des instruments de droit commercial mis au point par la CNUDCI. Des informations sont aussi fournies sur certains textes juridiques importants d'autres organisations (par exemple, les règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires et les INCOTERMS (Chambre de commerce internationale); la Convention sur l'affacturage (Institut international pour l'unification du droit privé UNIDROIT). En général, toutes les missions d'information ainsi que les séminaires d'une journée sont confiés à un seul membre du secrétariat.

9. Depuis la dernière session, le secrétariat a organisé des séminaires dans un certain nombre d'États. Les exposés y sont en général faits par un ou deux membres du secrétariat, par des experts des pays hôtes et, parfois, par des consultants extérieurs. Après les séminaires, le secrétariat de la CNUDCI reste en contact étroit avec les participants afin de fournir aux pays hôtes le plus grand appui possible pendant le processus d'adoption et d'utilisation des textes juridiques de la Commission.

10. Les séminaires et missions d'information énumérés ci-après ont été financés par des ressources du Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la CNUDCI :

a) *Minsk (Biélorus) (29-30 mai 1995)*, organisé en coopération avec la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, à la Chambre biélorussienne de commerce et d'industrie; a réuni une cinquantaine de participants;

b) *Téhéran (République islamique d'Iran) (9-12 septembre 1995)*, organisé en coopération avec le Ministère des affaires étrangères; a réuni environ 150 participants;

c) *Almaty (Kazakhstan) (22-26 août 1995)*, mission d'information organisée en coopération avec le Ministère des affaires étrangères;

d) *Bogota (Colombie) (10 novembre 1995)*, mission d'information organisée en coopération avec le Ministère de la justice;

e) *Asunción (Paraguay) (22-24 novembre 1995)*, organisé en coopération avec le Ministère des affaires étrangères; a réuni 70 participants environ;

f) *Santiago (Chili) (27-29 novembre 1995)*, organisé en coopération avec l'Université du Chili; a réuni une quarantaine de participants;

g) *Conakry (Guinée) (15-19 juin 1996)*, organisé en coopération avec le Ministère des affaires étrangères; a réuni environ 150 participants;

h) *Libreville (Gabon) (22-25 janvier 1996)*, organisé en coopération avec le Ministère de l'industrie et du commerce extérieur; a réuni une trentaine de participants.

11. Les séminaires et missions d'information énumérés ci-après ont été financés par les institutions qui les ont organisés ou par une autre organisation :

a) *Abou Dhabi (Émirats arabes unis) (27 juin 1995)*, organisé en coopération avec le Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD), la Fédération des chambres de commerce et d'industrie des Émirats arabes unis et la Chambre de commerce d'Abou Dhabi; a réuni une cinquantaine de participants;

b) *Dubai (Émirats arabes unis) (4 juillet 1995)*, organisé en coopération avec le PNUD et la municipalité de Dubai; a réuni une cinquantaine de participants;

c) *Auckland, Wellington (Nouvelle-Zélande) (5 et 14 juillet 1995)*, organisé en coopération avec l'Office of the Attorney-General; une quarantaine de participants ont pris part au séminaire d'Auckland et 70 environ à celui de Wellington;

d) *Athènes (Grèce) (18-19 octobre 1995)*, organisé en coopération avec la Chambre de commerce d'Athènes; a réuni 250 participants environ;

e) *Ljubljana (Slovénie) (31 janvier 1996)*, organisé en coopération avec le Collège GEA; a réuni une cinquantaine de participants.

IV. AUTRES SÉMINAIRES, CONFÉRENCES, COURS ET ATELIERS

12. Des membres du secrétariat de la CNUDCI ont fait des exposés dans divers séminaires, conférences et cours où des textes juridiques de la CNUDCI étaient présentés pour examen et échange de vues, ou pour la coordination d'activités. La participation de membres du secrétariat aux séminaires, conférences et cours énumérés ci-après a été financée par l'institution qui les a organisés ou par une autre organisation :

- Programme d'études supérieures de droit commercial international à l'Université d'Europe centrale (Budapest (Hongrie), 21 avril 1995);
- Cours sur le droit du développement parrainé par l'Institut international du droit du développement (Rome (Italie), 2-4 mai 1995);
- Atelier de formation sur les relations interbancaires et les accords entre banques étrangères parrainé par l'Institut international du droit du développement (Vilnius (Lituanie), 31 mai-1er juin 1995);
- Cours international d'initiation à l'arbitrage et cours spécial pour boursiers parrainés par le Chartered Institute of Arbitrators (Le Caire (Égypte), 12-17 juin 1995);
- Atelier sur l'arbitrage international parrainé par l'Institute of Transnational Arbitration (Dallas (États-Unis), 21-23 juin 1995);
- Cours international d'initiation à l'arbitrage parrainé par le Chartered Institute of Arbitrators (Bermudes, 26-28 juin 1995);
- Week-end sur la pratique de l'arbitrage, faisant suite à un programme de bourse, parrainé par le Chartered Institute of Arbitrators (Kent (Royaume-Uni), 1er-2 juillet 1995);
- Conférence sur l'harmonisation du droit commercial dans les pays de la bordure du Pacifique, parrainée par le Conseil de coopération économique du Pacifique (Auckland et Wellington (Nouvelle-Zélande), 5-7 juillet 1995);
- Stage postuniversitaire de droit commercial international (Gestion des marchés d'équipement dans le secteur public), parrainé par le Centre international de formation de l'Organisation internationale du Travail (OIT) et l'Institut d'études européennes de l'Université de Turin (Turin (Italie), 18 et 19 juillet 1995);
- Conférence annuelle de l'Institut néo-zélandais d'arbitrage (Christchurch (Nouvelle-Zélande), 21-23 juillet 1995);
- Stage postuniversitaire de droit commercial international, parrainé par le Centre international de formation de l'Organisation internationale du Travail (OIT) et l'Institut d'études européennes de l'Université de Turin (Turin (Italie), 3 août 1995);
- "Comment faire des affaires en toute sécurité sur les autoroutes de l'information", conférence parrainée par l'Institut mondial EDI (Montréal (Canada), 30 et 31 août 1995);

- Conférence sur la passation des marchés parrainée par le Centre régional pour l'arbitrage commercial international du Caire (Le Caire (Egypte), 9 et 10 septembre 1995);
- Stage international pour boursiers parrainé par le Chartered Institute of Arbitrators (Paris (France), 15-17 septembre 1995);
- Séminaire sur les garanties sur demandes, les crédits "stand-by" et les garanties d'exécution, organisé par la Chambre de commerce internationale (CCI) (Londres (Royaume-Uni), 3 octobre 1995);
- Conférence sur "Les nouveaux marchés financiers et les opérations assorties de sûretés", parrainée par la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD) (Londres (Royaume-Uni), 5 et 6 octobre 1995);
- Groupe de travail américain sur les pratiques en matière de "stand-by" parrainé par l'Institute of International Banking Law and Practice (New York, N.Y. (États-Unis d'Amérique), 12 et 13 octobre 1995);
- Conférence sur "L'évolution récente du droit commercial", parrainée par la Chambre de commerce franco-arabe (Sousse (Tunisie), 12-15 octobre 1995);
- Conférence sur "L'application de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises", parrainée par le Centre juridique franco-allemand, Université de la Sarre (Paris (France), 13 et 14 octobre 1995);
- Conférence sur "Le commerce électronique à l'échelle mondiale", parrainée par l'Association américaine des avocats (Bethesda (États-Unis d'Amérique), 18-20 octobre 1995);
- Réunion du Conseil international pour l'arbitrage commercial - Planification des conférences (Paris (France), 20 octobre 1995);
- Conférence régionale de l'Association internationale des praticiens de l'insolvabilité (INSOL) (Hong-kong, 1er-5 novembre 1995);
- Trente-deuxième Conférence de l'Association interaméricaine des avocats (AIA) (Quito (Equateur), 12-17 novembre 1995);
- Séminaire sur l'arbitrage parrainé par l'Institut allemand d'arbitrage (Berlin (Allemagne), 14 et 15 novembre 1995);
- Conférence sur l'arbitrage organisée par l'Association ibéro-américaine des Chambres de commerce (AICO) (Asunción, (Paraguay), 20-21 novembre 1995);
- Stage d'arbitrage (sanctionné par un diplôme) parrainé par le Chartered Institute of Arbitrators (Londres (Royaume-Uni), 27 et 28 novembre 1995);
- Groupe de travail américain sur les pratiques en matière de "stand-by", parrainé par l'Institute of International Banking Law and Practice (Miami (États-Unis d'Amérique), 30 novembre-3 décembre 1995);
- Stage international d'initiation à l'arbitrage et stage spécial pour boursiers, parrainés par le Chartered Institute of Arbitrators (Harare et Bulawayo (Zimbabwe), 16-23 décembre 1995);
- Groupe de travail américain sur les pratiques en matière de "stand-by", parrainé par l'Institute of International Banking Law and Practice (New York (États-Unis d'Amérique), 29-31 janvier 1996);

- Conférence sur l'arbitrage parrainée par l'Association suisse d'arbitrage (Zurich (Suisse), 1er et 2 février 1996);
- Conférence annuelle des juristes spécialisés dans les procédures collectives (Stratford-on-Avon (Royaume-Uni), 8-10 mars 1996);
- Séminaire sur "Le projet de convention d'UNIDROIT relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles et sur "La cession de créances aux fins de financement, parrainé par le Ministère du commerce et de l'industrie, Service du droit des affaires (Londres (Royaume-Uni), 12 mars 1996);
- Conférence annuelle d'étude sur le droit des lettres de crédit, parrainée par l'Institute of International Banking Law and Practice (New York (États-Unis d'Amérique), 14 mars 1996);
- Groupe d'étude américain sur les pratiques en matière de "stand-by", parrainé par l'Institute of International Banking Law and Practice (New York (États-Unis d'Amérique), 18 et 19 mars 1996);
- Cycle de conférences de l'Université de Tilburg intitulé "L'unification du droit commercial international par le biais des directives de l'Union européenne et des conventions internationales", organisé par l'Université de Tilburg, Schoordijk Instituut, Tilburg (Pays-Bas), 2-4 avril 1996).

13. La participation, à titre d'orateurs, des membres du secrétariat de la CNUDCI aux conférences ci-après a été financée grâce aux ressources du Fonds d'affection spéciale pour les colloques de la CNUDCI et aux ressources du budget ordinaire de l'ONU allouées aux voyages :

- Conférence sur "Le règlement des différends dans les nouvelles économies d'Asie", parrainée par l'Association Inter-Pacifique des avocats et le Centre d'arbitrage international du Viet Nam (Hô Chi Minh-Ville (Viet Nam), 14-16 janvier 1996);
- Vingt-cinquième Conférence annuelle de l'Association internationale du barreau (Paris (France), 18-22 septembre 1995).

V. PROGRAMME DE STAGES

14. Ce programme de stages vise à donner à de jeunes juristes l'occasion de se familiariser avec les travaux de la CNUDCI et d'améliorer leurs connaissances dans des domaines spécifiques du droit commercial international. Au cours de l'année écoulée, le secrétariat a reçu 11 stagiaires originaires des pays suivants : Allemagne, Belgique, Brésil, Danemark, Egypte, Espagne, France, Inde, Italie et Pologne. Les stagiaires se voient assigner différentes tâches - recherche fondamentale ou spécialisée, collecte et systématisation d'informations et de documents, participation à l'élaboration de documents de référence. L'expérience que la CNUDCI a faite avec ce programme de stages s'est avérée positive. Comme le secrétariat n'est pas en mesure d'aider les stagiaires à couvrir leurs frais de voyage ou autres, ces derniers sont souvent parrainés par une organisation, une université ou un organisme gouvernemental, ou bien doivent prendre leurs frais à leur charge. A cet égard, la Commission voudra peut-être inviter les États Membres, les universités et d'autres organismes en plus de ceux qui le font déjà, à envisager de parrainer la participation de jeunes juristes au programme de stages de la CNUDCI.

15. En outre, le secrétariat satisfait occasionnellement aux demandes formulées par des universitaires ou des praticiens du droit qui souhaitent conduire des recherches, pour une durée limitée, au sein du Service et de la Bibliothèque de droit de la CNUDCI.

VI. ACTIVITÉS FUTURES

16. Pour le deuxième semestre 1996, des séminaires et des missions d'information en matière d'assistance juridique sont prévus en Afrique, en Asie, dans les Caraïbes, en Europe orientale et en Amérique latine. Etant donné que les frais découlant des activités de formation et d'assistance technique ne sont pas couverts par le

budget ordinaire, le secrétariat ne pourra mettre en œuvre ces projets que s'il reçoit des crédits suffisants sous forme de contributions au Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la CNUDCI.

17. Comme les années précédentes, le secrétariat a accepté de coparrainer le prochain stage postuniversitaire de droit commercial international, d'une durée de trois mois, qu'organiseront l'Institut d'études européennes de l'Université de Turin et le Centre international de formation de l'Organisation internationale du Travail. En général, près de la moitié des participants sont originaires d'Italie, la plupart des autres venant de pays en développement. Cette année, le secrétariat de la CNUDCI mettra l'accent sur les questions d'harmonisation des lois relatives au droit commercial international du point de vue de la CNUDCI, y compris les travaux passés et actuels.

VII. MISE EN ŒUVRE DU PROGRAMME DE FINANCEMENT

18. Le secrétariat continue d'œuvrer à l'élaboration d'un programme plus vaste de formation et d'assistance technique afin de répondre à la demande considérablement accrue des pays en la matière, ainsi qu'à l'appel de la Commission qui avait recommandé, à sa vingtième session (1987), de faire une plus large place à la formation et à l'assistance et de promouvoir les textes juridiques établis par elle. Or, comme le budget ordinaire ne prévoit pas de financer les frais de voyage des conférenciers ni des participants, les dépenses encourues pour les activités de formation et d'assistance technique de la CNUDCI (à l'exception de celles qui sont financées par des institutions telles que la Banque mondiale) doivent être couvertes par des contributions volontaires au Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la CNUDCI.

19. Etant donné l'importance du financement extrabudgétaire pour la mise en œuvre de la composante formation et assistance technique du programme de travail de la CNUDCI, la Commission voudra peut-être renouveler son appel à tous les États, organisations internationales et autres entités intéressées pour qu'ils envisagent de contribuer au Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la CNUDCI, en particulier sous forme de quotes-parts pluriannuelles, afin de faciliter la planification et de permettre au secrétariat de faire face à la demande croissante de formation et d'assistance émanant des pays en développement et des États nouvellement indépendants. On peut prendre contact avec le secrétariat pour obtenir des renseignements sur les modalités de versement des contributions au Fonds d'affectation spéciale de la CNUDCI.

20. Au cours de la période considérée, le Cambodge, la France, les Philippines et la Suisse ont versé une contribution au titre du programme de séminaires. La Commission voudra peut-être exprimer sa gratitude aux États et aux organisations qui ont contribué au programme de formation et d'assistance de la Commission par des apports de fonds ou de personnel ou en accueillant des séminaires.

21. Il est pris acte du fait que, lors de sa session précédente, la Commission avait décidé de demander que la question du Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la CNUDCI soit inscrite à l'ordre du jour de la Conférence pour les annonces de contributions organisées dans le cadre de la session de l'Assemblée générale, étant entendu que cela ne modifierait en rien l'obligation d'un État de verser sa contribution à l'Organisation². Toutefois, comme l'Assemblée générale n'a pas eu l'occasion d'examiner cette question au cours de sa dernière session, la Commission voudra peut-être réaffirmer sa décision et demander à la Sixième Commission de recommander à l'Assemblée générale l'adoption d'une résolution qui inclurait le Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la CNUDCI et le Fonds d'affectation spéciale permettant à la Commission d'octroyer une aide au titre des frais de voyage aux pays en développement qui sont membres de la CNUDCI dans l'ordre du jour de la Conférence des Nations Unies pour les annonces de contributions aux activités de développement.

²Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 17 (A/50/17), par. 422.

Troisième partie

ANNEXES

I. LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE

PREMIÈRE PARTIE. LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE EN GÉNÉRAL

CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article premier. *Champ d'application**

La présente loi** s'applique à toute information, de quelque nature qu'elle soit, prenant la forme d'un message de données utilisé dans le contexte*** d'activités commerciales****.

Article 2. *Définitions*

Aux fins de la présente loi :

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

b) Le terme "échange de données informatisées (EDI)" désigne le transfert électronique d'une information d'ordinateur à ordinateur mettant en œuvre une norme convenue pour structurer l'information;

c) Le terme "expéditeur" désigne la personne par laquelle, ou au nom de laquelle, le message de données est réputé avoir été envoyé ou créé avant d'avoir été éventuellement conservé, mais non la personne qui agit en tant qu'intermédiaire pour ce message;

d) Le terme "destinataire" désigne la personne qui, dans l'intention de l'expéditeur, est censée recevoir le message de données, mais non la personne qui agit en tant qu'intermédiaire pour ce message;

e) Le terme "intermédiaire" désigne, dans le cas d'un message de données particulier, la personne qui, au nom d'une autre, envoie, reçoit ou conserve le message ou fournit d'autres services afférents à celui-ci;

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

*La Commission propose le texte suivant aux États qui souhaiteraient limiter l'applicabilité de la présente loi aux messages de données internationaux :

"La présente loi s'applique à un message de données tel qu'il est défini au paragraphe 1 de l'article 2 lorsque ce message se rattache au commerce international."

**La présente loi ne se substitue à aucune règle de droit visant à protéger le consommateur.

***La Commission propose le texte suivant aux États qui souhaiteraient étendre l'applicabilité de la présente loi :

"La présente loi s'applique à toute information, de quelque nature qu'elle soit, prenant la forme d'un message de données, sauf dans les situations suivantes : [...]."

****Le terme "activités commerciales" devrait être interprété au sens large, comme désignant toute relation d'ordre commercial, qu'elle soit contractuelle ou non contractuelle. Les relations d'ordre commercial comprennent, sans s'y limiter, les transactions suivantes : fourniture ou échange de marchandises ou de services; accord de distribution; représentation commerciale; affacturage; crédit-bail; construction d'usines; services consultatifs; ingénierie; licence; investissement; financement; opération bancaire; assurance; accord d'exploitation ou concession; coentreprise et autres formes de coopération industrielle ou commerciale; transport de marchandises ou de voyageurs par voie aérienne ou maritime, par chemin de fer ou par route.

Article 3. *Interprétation*

1. Pour l'interprétation de la présente loi, il est tenu compte de son origine internationale et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application et le respect de la bonne foi.
2. Les questions concernant les matières régies par la présente loi qui ne sont pas expressément réglées par elle sont tranchées selon les principes généraux dont elle s'inspire.

Article 4. *Dérogation conventionnelle*

1. Pour ce qui est de la relation entre les parties créant, envoyant, conservant, recevant ou traitant de toute autre manière des messages de données, et sauf disposition contraire, les dispositions du chapitre III peuvent être modifiées par convention.
2. Le paragraphe 1 est sans effet sur tout droit qui pourrait exister de modifier par convention l'une des règles de droit visées au chapitre II.

CHAPITRE II. APPLICATION DES EXIGENCES LÉGALES AUX MESSAGES DE DONNÉES

Article 5. *Reconnaissance juridique des messages de données*

L'effet juridique, la validité ou la force exécutoire d'une information ne sont pas déniés au seul motif que cette information est sous forme de message de données.

Article 6. *Écrit*

1. Lorsque la loi exige qu'une information soit sous forme écrite, un message de données satisfait à cette exigence si l'information qu'il contient est accessible pour être consultée ultérieurement.
2. Le paragraphe 1 est applicable que l'exigence qui y est visée ait la forme d'une obligation ou que la loi prévoit simplement certaines conséquences si l'information n'est pas sous forme écrite.
3. Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas dans les situations suivantes : [...].

Article 7. *Signature*

1. Lorsque la loi exige la signature d'une certaine personne, cette exigence est satisfaite dans le cas d'un message de données :
 - a) Si une méthode est utilisée pour identifier la personne en question et pour indiquer qu'elle approuve l'information contenue dans le message de données; et
 - b) Si la fiabilité de cette méthode est suffisante au regard de l'objet pour lequel le message de données a été créé ou communiqué, compte tenu de toutes les circonstances, y compris de tout accord en la matière.
2. Le paragraphe 1 s'applique que l'exigence qui y est visée ait la forme d'une obligation ou que la loi prévoit simplement certaines conséquences s'il n'y a pas de signature.
3. Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas dans les situations suivantes : [...].

Article 8. *Original*

1. Lorsque la loi exige qu'une information soit présentée ou conservée sous sa forme originale, un message de données satisfait à cette exigence :

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

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

2. Le paragraphe 1 s'applique que l'exigence qui y est visée ait la forme d'une obligation ou que la loi prévoit simplement certaines conséquences si l'information n'est pas présentée ou conservée sous sa forme originale.

3. Aux fins de l'alinéa a) du paragraphe 1 :

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

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

4. Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas dans les situations suivantes : [...].

Article 9. *Admissibilité et force probante d'un message de données*

1. Aucune règle d'administration de la preuve ne peut être invoquée dans une procédure légale contre l'admissibilité d'un message de données produit comme preuve :

a) Au motif qu'il s'agit d'un message de données; ou

b) S'il s'agit de la meilleure preuve que celui qui la présente peut raisonnablement escompter obtenir, au motif que le message n'est pas sous sa forme originale.

2. L'information prenant la forme d'un message de données se voit dûment accorder force probante. Cette force probante s'apprécie eu égard à la fiabilité du mode de création, de conservation ou de communication du message, à la fiabilité du mode de préservation de l'intégrité de l'information, à la manière dont l'expéditeur a été identifié et à toute autre considération pertinente.

Article 10. *Conservation des messages de données*

1. Lorsqu'une règle de droit exige que certains documents, enregistrements ou informations soient conservés, cette exigence est satisfaite si ce sont des messages de données qui sont conservés, sous réserve des conditions suivantes :

a) L'information que contient le message de données doit être accessible pour être consultée ultérieurement; et

b) Le message de données doit être conservé sous la forme sous laquelle il a été créé, envoyé ou reçu, ou sous une forme dont il peut être démontré qu'elle représente avec précision les informations créées, envoyées ou reçues; et

c) Les informations qui permettent de déterminer l'origine et la destination du message de données, ainsi que les indications de date et d'heure de l'envoi ou de la réception, doivent être conservées si elles existent.

2. L'obligation de conserver des documents, enregistrements ou informations conformément au paragraphe 1 ci-dessus ne s'étend pas aux informations qui n'ont d'autre objet que de permettre l'envoi ou la réception du message de données.

3. L'exigence visée au paragraphe 1 ci-dessus peut être satisfaite par recours aux services d'une autre personne, sous réserve que soient remplies les conditions fixées aux alinéas *a)*, *b)* et *c)* de ce paragraphe.

CHAPITRE III. COMMUNICATION DE MESSAGES DE DONNÉES

Article 11. *Formation et validité des contrats*

1. Dans le contexte de la formation des contrats, sauf convention contraire entre les parties, une offre et l'acceptation d'une offre peuvent être exprimées par un message de données. Lorsqu'un message de données est utilisé pour la formation d'un contrat, la validité ou la force exécutoire de celui-ci ne sont pas déniées pour le seul motif qu'un message de données a été utilisé.

2. Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas dans les situations suivantes : [...].

Article 12. *Reconnaissance par les parties des messages de données*

1. En ce qui concerne la relation entre l'expéditeur et le destinataire d'un message de données, l'effet juridique, la validité ou la force exécutoire d'une manifestation de volonté ou autre déclaration ne sont pas déniés pour le seul motif que cette manifestation de volonté ou autre déclaration prend la forme d'un message de données.

2. Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas dans les situations suivantes : [...].

Article 13. *Attribution des messages de données*

1. Un message de données émane de l'expéditeur s'il a été envoyé par l'expéditeur lui-même.

2. En ce qui concerne la relation entre l'expéditeur et le destinataire, un message de données est réputé émaner de l'expéditeur s'il a été envoyé :

a) Par une personne autorisée à agir à cet effet au nom de l'expéditeur; ou

b) Par un système d'information programmé par l'expéditeur ou en son nom pour fonctionner automatiquement.

3. En ce qui concerne la relation entre l'expéditeur et le destinataire, le destinataire est fondé à considérer qu'un message de données émane de l'expéditeur et à agir en conséquence :

a) Si, pour s'assurer que le message de données émanait de l'expéditeur, il a correctement appliqué une procédure que l'expéditeur avait précédemment acceptée à cette fin; ou

b) Si le message de données tel qu'il l'a reçu résulte des actes d'une personne qui, de par ses relations avec l'expéditeur ou un agent de celui-ci, a eu accès à une méthode que l'expéditeur utilise pour identifier comme étant de lui les messages de données.

4. Le paragraphe 3 n'est pas applicable :

a) Dès lors que le destinataire a été avisé par l'expéditeur que le message de données n'était pas de lui et qu'il a eu un délai raisonnable pour agir en conséquence; ou

b) Dans un cas relevant de l'alinéa *b)* du paragraphe 3, lorsque le destinataire savait, ou aurait dû savoir, s'il avait pris des dispositions raisonnables ou utilisé une procédure convenue, que le message de données n'émanait pas de l'expéditeur.

5. Lorsqu'un message de données émane ou est réputé émaner de l'expéditeur, ou lorsque le destinataire est en droit d'agir sur cette présomption, le destinataire est, dans sa relation avec l'expéditeur, fondé à considérer le

message de données tel qu'il a été reçu comme étant celui que l'expéditeur se proposait de lui faire parvenir, et à agir en conséquence. Le destinataire n'est pas fondé à agir ainsi s'il savait, ou aurait dû savoir, s'il avait pris des dispositions raisonnables ou utilisé une procédure convenue, que la transmission avait entraîné une erreur dans le message de données tel qu'il a été reçu.

6. Le destinataire est fondé à considérer comme distinct chaque message de données reçu et à agir en conséquence, à moins que le message ne soit la répétition d'un autre et que le destinataire ne sache, ou n'aurait dû savoir, s'il avait pris des dispositions raisonnables ou utilisé une procédure convenue, qu'il s'agissait du même message.

Article 14. *Accusé de réception*

1. Les paragraphes 2 à 4 du présent article s'appliquent dans le cas où l'expéditeur, avant ou au moment d'envoyer un message de données ou dans ce message même, a demandé au destinataire un accusé de réception ou est convenu avec lui qu'il y aurait un accusé de réception.

2. Si l'expéditeur n'est pas convenu avec le destinataire que l'accusé de réception sera donné sous une forme ou selon une méthode particulière, la réception peut être accusée :

- a) Par toute communication, automatisée ou autre, émanant du destinataire; ou
- b) Par tout acte du destinataire,

suffisant pour indiquer à l'expéditeur que le message de données a été reçu.

3. Si l'expéditeur a déclaré que l'effet du message de données est subordonné à la réception d'un accusé de réception, le message de données est considéré comme n'ayant pas été envoyé tant que l'accusé de réception n'a pas été reçu.

4. Si l'expéditeur n'a pas déclaré que l'effet du message de données est subordonné à la réception d'un accusé de réception et s'il n'a pas reçu d'accusé de réception dans le délai fixé ou convenu ou, quand aucun délai n'a été fixé ni convenu, dans un délai raisonnable, l'expéditeur peut :

a) Aviser le destinataire qu'aucun accusé de réception n'a été reçu et fixer un délai raisonnable dans lequel l'accusé de réception doit être reçu; et

b) Si l'accusé de réception n'est pas reçu dans le délai visé à l'alinéa a) ci-dessus, et sur notification adressée au destinataire, considérer que le message de données n'a pas été envoyé ou exercer tout autre droit qu'il peut avoir.

5. Lorsque l'expéditeur reçoit l'accusé de réception du destinataire, le message de données en question est réputé avoir été reçu par le destinataire. Cette présomption n'implique pas que le message de données correspond au message reçu.

6. Lorsque l'accusé de réception indique que le message de données en question est conforme aux conditions techniques soit convenues soit fixées dans les normes applicables, ces conditions sont présumées remplies.

7. Sauf dans la mesure où il concerne l'expédition ou la réception du message de données, le présent article n'a pas pour objet de régler les conséquences juridiques qui pourraient découler soit de ce message, soit de l'accusé de réception.

Article 15. *Moment et lieu de l'expédition et de la réception d'un message de données*

1. Sauf convention contraire entre l'expéditeur et le destinataire d'un message de données, l'expédition d'un message de données intervient lorsque celui-ci entre dans un système d'information ne dépendant pas de l'expéditeur ou de la personne qui a envoyé le message de données au nom de l'expéditeur.

2. Sauf convention contraire entre l'expéditeur et le destinataire, le moment de la réception du message de données est défini comme suit :

- a) Si le destinataire a désigné un système d'information pour recevoir des messages de données :
 - i) C'est le moment où le message de données entre dans le système d'information désigné; ou
 - ii) Dans le cas où le message de données est envoyé à un autre système d'information du destinataire que le système désigné, c'est le moment où le message est relevé par le destinataire;
- b) Si le destinataire n'a pas désigné de système d'information, c'est le moment où le message de données entre dans un système d'information du destinataire.

3. Les dispositions du paragraphe 2 s'appliquent même si le lieu où est situé le système d'information est différent du lieu où le message de données est réputé être reçu selon le paragraphe 4.

4. Sauf convention contraire entre l'expéditeur et le destinataire, le message de données est réputé avoir été expédié du lieu où l'expéditeur a son établissement et avoir été reçu au lieu où le destinataire a son établissement. Aux fins du présent paragraphe :

- a) Si l'expéditeur ou le destinataire a plus d'un établissement, l'établissement retenu est celui qui a la relation la plus étroite avec l'opération sous-jacente ou, en l'absence d'opération sous-jacente, l'établissement principal;
- b) Si l'expéditeur ou le destinataire n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu.

5. Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas dans les situations suivantes : [...].

DEUXIÈME PARTIE. LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE DANS CERTAINS DOMAINES D'ACTIVITÉ

CHAPITRE PREMIER. TRANSPORT DE MARCHANDISES

Article 16. *Actes relatifs aux contrats de transport de marchandises*

Sous réserve des dispositions de la première partie de la présente loi, le présent chapitre s'applique à tout acte relatif à un contrat de transport de marchandises ou entrepris en exécution d'un tel contrat, notamment, mais non exclusivement, les actes suivants :

- a)
 - i) Indication des marques, du nombre, de la quantité ou du poids des marchandises;
 - ii) Déclaration de la nature ou de la valeur des marchandises;
 - iii) Émission d'un reçu des marchandises;
 - iv) Confirmation du chargement des marchandises;
- b)
 - i) Notification des conditions du contrat;
 - ii) Communication d'instructions à un transporteur;
- c)
 - i) Demande de livraison des marchandises;
 - ii) Autorisation de remise des marchandises;

- iii) Notification de perte ou d'avarie de marchandises;
- d) Toute autre notification ou déclaration présentée dans le cadre de l'exécution du contrat;
- e) Engagement de livrer les marchandises à une personne désignée ou à une personne autorisée à se faire livrer;
- f) Octroi, acquisition, remise, transfert, négociation ou abandon des droits sur les marchandises;
- g) Acquisition ou transfert de droits et obligations en vertu du contrat.

Article 17. *Documents de transport*

1. Sous réserve des dispositions du paragraphe 3, lorsque la loi exige qu'un acte visé à l'article 16 soit exécuté par écrit ou au moyen d'un document papier, cette exigence est satisfaite si l'acte est exécuté au moyen d'un ou de plusieurs messages de données.
2. Le paragraphe 1 s'applique que l'exigence qui y est visée ait la forme d'une obligation ou que la loi prévoit simplement certaines conséquences si l'acte n'est pas exécuté par écrit ou au moyen d'un document papier.
3. Quand un droit doit être dévolu à une personne et à aucune autre, ou quand une obligation doit être acquise par une personne et aucune autre, et si la loi exige à cette fin que le droit ou l'obligation soient transmis à l'intéressé par le transfert ou l'utilisation d'un document papier, cette exigence est satisfaite si le droit ou l'obligation en question sont transmis par un ou plusieurs messages de données, à condition qu'une méthode fiable soit utilisée pour rendre uniques le message ou les messages en question.
4. Le niveau de fiabilité requis aux fins du paragraphe 3 s'apprécie au regard de l'objet pour lequel le droit ou l'obligation ont été transmis et à la lumière de toutes les circonstances, notamment de toute convention en la matière.
5. Lorsqu'un ou plusieurs messages de données sont utilisés pour exécuter l'un des actes mentionnés aux alinéas f) et g) de l'article 16, aucun document papier utilisé pour exécuter cet acte n'est valide à moins que l'utilisation de messages de données n'ait été abandonnée et remplacée par l'utilisation de documents papier. Tout document papier émis dans ces conditions doit contenir la notification de ce remplacement. Celui-ci est sans effet sur les droits ou les obligations des parties.
6. Si une règle de droit est impérativement applicable à un contrat de transport de marchandises qui figure dans un document papier ou est constaté par un document papier, cette règle n'est pas rendue inapplicable à un contrat de transport de marchandises constaté par un ou plusieurs messages de données par le seul fait que le contrat est constaté par de tels messages et non par un document papier.
7. Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas dans les situations suivantes : [...].

II. AIDE-MÉMOIRE DE LA CNUDCI SUR L'ORGANISATION DES PROCÉDURES ARBITRALES

TABLE DES MATIÈRES

Page

Préface	
INTRODUCTION	
LISTE DES QUESTIONS QUI POURRAIENT ETRE EXAMINÉES DANS LE CADRE DE L'ORGANISATION DE LA PROCÉDURE ARBITRALE	
ANNOTATIONS	

Préface

La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a mis au point l'aide-mémoire à sa vingt-neuvième session (New York, 28 mai-14 juin 1996). Outre les 36 Etats membres de la Commission, les représentants de nombreux autres Etats et d'un certain nombre d'organisations internationales ont participé aux délibérations. Pour élaborer son projet de texte, le secrétariat a consulté des experts de différents systèmes juridiques, des organismes nationaux d'arbitrage, ainsi que des associations professionnelles internationales.

La Commission, après un débat initial sur le projet en 1993¹, a examiné en 1994 un projet intitulé "Directives pour les conférences préparatoires dans le cadre des procédures arbitrales"². Ce projet a également été examiné lors de plusieurs réunions de praticiens de l'arbitrage, notamment lors du douzième Congrès d'arbitrage international, organisé par le Conseil international pour l'arbitrage commercial (ICCA) à Vienne, du 3 au 6 novembre 1994³. Sur la base de cet examen au sein de la Commission et d'autres instances, le secrétariat a établi un "Projet d'aide-mémoire sur l'organisation des procédures arbitrales"⁴. La Commission a examiné le

¹Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-sixième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-huitième session, Supplément n° 17 (A/48/17)*, (reproduit dans *l'Annuaire de la CNUDCI*, vol. XXIV : 1993, première partie, par. 291 à 296.

²Le projet de directives a été publié sous la cote A/CN.9/396/Add.1 (il est reproduit dans *l'Annuaire de la CNUDCI*, vol. XXV : 1994, deuxième partie, IV); les débats de la Commission sont résumés dans le rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-septième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, Supplément n° 17 (A/49/17)* (reproduit dans *l'Annuaire de la CNUDCI*, vol. XXV : 1994, deuxième partie, IV), par. 111 à 195.

³Les actes du Congrès ont été publiés dans *Planning Efficient Arbitration Proceedings/The Law Applicable in International Arbitration*, ICCA Congress Series NE 7, Kluwer Law International, La Haye, 1996.

⁴Le projet d'aide-mémoire a été publié sous la cote A/CN.9/410 (il sera reproduit dans *l'Annuaire de la CNUDCI*, vol. XXVI : 1995, deuxième partie, III).

projet d'aide-mémoire en 1995⁵, et un projet révisé en 1996⁶, année lors de laquelle l'aide-mémoire a pris sa forme définitive⁷.

INTRODUCTION

Objet de l'aide-mémoire

1. L'aide-mémoire a pour objet d'aider les praticiens de l'arbitrage en recensant et en décrivant brièvement les questions sur lesquelles il pourrait être utile de prendre en temps voulu des décisions à propos de l'organisation d'une procédure arbitrale. Le texte, établi essentiellement en vue d'arbitrages internationaux, peut être utilisé que l'arbitrage soit ou non organisé par une institution d'arbitrage.

Caractère non impératif de l'aide-mémoire

2. L'aide-mémoire n'énonce aucune exigence légale impérative pour les arbitres ou les parties. Le tribunal arbitral est libre de l'utiliser comme il le juge bon et il n'est pas tenu de se justifier s'il n'en tient pas compte.

3. L'aide-mémoire ne saurait faire office de règlement d'arbitrage, car il n'oblige en rien le tribunal arbitral ou les parties à agir de telle ou telle manière. De ce fait, l'utilisation de l'Aide-mémoire n'entraînera aucune modification du règlement d'arbitrage dont les parties auront convenu.

Liberté d'organiser la procédure et utilité de l'adoption en temps utile de décisions relatives à son organisation

4. Les dispositions de la législation régissant la procédure arbitrale et le règlement d'arbitrage dont les parties peuvent convenir donnent en général au tribunal arbitral une grande latitude et lui permettent de faire preuve de souplesse dans la conduite de la procédure*. Ainsi, le tribunal arbitral peut prendre des décisions sur l'organisation de la procédure tenant compte des circonstances de l'espèce, des attentes des parties et des membres du tribunal arbitral et de la nécessité de régler le litige équitablement et économiquement.

5. Le tribunal arbitral ayant cette latitude, il sera peut-être bon qu'il indique aux parties, en temps voulu, comment il compte procéder. Cela est particulièrement souhaitable dans les arbitrages internationaux, les participants pouvant être habitués à des styles de procédure différents. Sans de telles orientations, une partie pourra juger certains aspects de la procédure imprévisibles et éprouver des difficultés à s'y préparer. Cela peut conduire à des malentendus, à des retards et à une augmentation du coût de la procédure.

⁵Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-huitième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 17 (A/50/17)* (sera reproduit dans l'*Annuaire de la CNUDCI*, vol. XXVI : 1995, première partie), par. 314 à 373.

⁶Le projet d'aide-mémoire révisé a été publié sous la cote A/CN.9/423 (et sera reproduit dans l'*Annuaire de la CNUDCI*, vol. XXVII : 1996, deuxième partie).

⁷Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-neuvième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 17 (A/51/17)* (sera reproduit dans l'*Annuaire de la CNUDCI*, vol. XXVII : 1996, première partie), par. 11 à 54.

*On notera en particulier le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, dont l'article 15-1 est libellé comme suit : "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."

Arbitrage multipartite

6. Le présent aide-mémoire a été conçu non seulement pour les arbitrages avec deux parties, mais aussi pour les arbitrages avec trois parties ou plus. L'utilisation de l'aide-mémoire dans les arbitrages multipartites est décrite ci-après aux paragraphes 86 à 88 (point 18).

La prise de décisions sur l'organisation des procédures arbitrales

7. Les décisions sur l'organisation de la procédure peuvent être prises par le tribunal arbitral avec ou sans consultation préalable des parties. La méthode choisie dépendra du point de savoir si, en fonction du type de décision à prendre, le tribunal arbitral considère que des consultations ne sont pas nécessaires, ou que de telles consultations seraient utiles pour rendre la procédure plus prévisible, ou pour en améliorer le climat.

8. Les consultations, qu'elles ne rassemblent que les arbitres ou qu'elles englobent également les parties, peuvent se tenir dans le cadre d'une ou plusieurs réunions, ou peuvent être assurées par correspondance ou par télécommunication (par exemple, télécopie ou téléphone-conférence ou autres moyens électroniques). Les réunions peuvent se tenir au lieu de l'arbitrage ou dans un autre lieu approprié.

9. Dans certains arbitrages, une réunion spéciale peut être consacrée exclusivement à de telles consultations sur la procédure; les consultations peuvent aussi avoir lieu dans le cadre d'une audience portant sur le fond du litige. Les pratiques divergent quant à la tenue ou non de ces réunions spéciales et quant à la manière de les organiser. Les réunions spéciales sur la procédure, rassemblant les arbitres et les parties hors du cadre des audiences, sont désignées dans la pratique sous différents noms : "réunion préliminaire", "conférence avant audience", "conférence préparatoire", "examen avant audience", ou par des expressions similaires. Les termes utilisés dépendent notamment du stade de la procédure auquel la réunion a lieu.

Liste des questions qui pourraient être examinées dans le cadre de l'organisation de la procédure arbitrale

10. L'aide-mémoire donne une liste, suivie d'annotations, des questions à propos desquelles le tribunal arbitral voudra peut-être prendre des décisions relatives à l'organisation de la procédure arbitrale.

11. Etant donné que les styles de procédure et les pratiques en matière d'arbitrage divergent largement et que l'aide-mémoire n'a pas pour objet de promouvoir telle ou telle pratique, mais est conçu pour un usage universel, on s'est abstenu de décrire en détail les différentes pratiques arbitrales ou d'exprimer une préférence pour telle ou telle.

12. La liste, si elle n'est pas exhaustive, englobe néanmoins une large gamme de situations rencontrées dans l'arbitrage. Toutefois, dans de nombreux arbitrages, seul un nombre limité des questions mentionnées dans la liste devra être examiné. La détermination du ou des stades de la procédure auxquels il sera utile d'examiner les questions relatives à l'organisation de la procédure dépendra également des circonstances de l'espèce. En général, afin d'éviter toute discussion superflue ou tout retard, il est recommandé de ne pas soulever une question prématurément, c'est-à-dire avant qu'il n'apparaisse clairement qu'une décision doit être prise.

13. Lorsqu'on utilisera l'aide-mémoire, on gardera présent à l'esprit que la liberté qu'a le tribunal arbitral d'organiser la procédure peut être limitée par un règlement d'arbitrage ou par d'autres dispositions convenues par les parties. Lorsqu'un arbitrage est administré par une institution d'arbitrage, diverses questions traitées ici seront régies par les règles ou usages de cette institution.

LISTE DES QUESTIONS QUI POURRAIENT ÊTRE EXAMINÉES DANS LE CADRE DE L'ORGANISATION DE LA PROCÉDURE ARBITRALE

	<i>Paragraphes</i>
1. Règlement d'arbitrage	14 - 16
Si les parties n'ont pas convenu d'un règlement d'arbitrage, souhaitent-elles le faire ? ..	14 - 16
2. Langue de la procédure	17 - 20

a)	Une traduction, intégrale ou non, des documents sera-t-elle nécessaire ?	18
b)	L'interprétation des présentations orales sera-t-elle nécessaire ?	19
c)	Coût de la traduction et de l'interprétation	20
3.	Lieu de l'arbitrage	21 - 23
a)	Détermination du lieu de l'arbitrage, s'il n'a pas déjà été convenu par les parties	21 - 22
b)	Possibilité d'organiser des réunions dans un lieu autre que le lieu de l'arbitrage	23
4.	Services administratifs nécessaires, le cas échéant, pour que le tribunal arbitral puisse s'acquitter de ses fonctions	24 - 27
5.	Provisions	28 - 30
a)	Montant à déposer	28
b)	Gestion des provisions	29
c)	Provisions supplémentaires	30
6.	Confidentialité des informations relatives à l'arbitrage; accord possible sur ce point	31 - 32
7.	Transmission des communications écrites entre les parties et les arbitres	33 - 34
8.	Télécopie et autres moyens électroniques de communications de documents	35 - 37
a)	Télécopie	35
b)	Autres moyens électroniques (par exemple, courrier électronique, disques magnétiques ou optiques)	36 - 37
9.	Dispositions concernant l'échange de communications	38 - 41
a)	Calendrier de soumission des communications écrites	39 - 40
b)	Communications consécutives ou simultanées	41
10.	Détails pratiques concernant les communications écrites et les pièces (par exemple, méthode de communication, copies, numérotation, références)	42
11.	Définition des questions à régler; ordre de décisions à prendre; définition de la répartition ou du recours demandés	43 - 46
a)	Faudrait-il établir une liste des questions à régler ?	43
b)	Dans quel ordre les questions à régler devraient-elles être tranchées ?	44 - 45
c)	Est-il nécessaire de définir plus précisément l'objet de la demande ?	46
12.	Les négociations relatives à un règlement par accord des parties et leur effet sur la planification de la procédure	47
13.	Preuves documentaires	48 - 54
a)	Délais de soumission des preuves documentaires que comptent présenter les parties, conséquences d'une soumission tardive	48 - 49
b)	Le tribunal arbitral a-t-il l'intention de demander à une partie de produire des preuves documentaires ?	50 - 51
c)	Les affirmations quant à l'origine et à la réception des documents et quant à la conformité des photocopies devraient-elles être supposées exactes ?	52
d)	Les parties seront-elles disposées à présenter conjointement un ensemble unique de preuves documentaires ?	53
e)	Les preuves documentaires volumineuses et complexes devraient-elles être présentées sous forme de résumés, tableaux, graphiques, extraits ou spécimens ?	54
14.	Preuves matérielles autres que les documents	55 - 58
a)	Dispositions à prendre en vue de la soumission de preuves matérielles	56
b)	Dispositions à prendre si une inspection sur place est nécessaire	57 - 58
15.	Témoins	59 - 68

a)	Communication préalable concernant un témoin qu'une partie a l'intention de présenter : déclarations écrites de témoins	60 - 62
b)	Manière de procéder à l'interrogation des témoins	63 - 65
i)	Ordre dans lequel les questions sont posées et manière dont l'audition des témoins est conduite	63
ii)	Cas où une déclaration orale est faite sous serment et forme sous laquelle le serment doit alors être prêté	64
iii)	Les témoins peuvent-ils ou non être présents dans la salle d'audience lorsqu'ils ne déposent pas ?	65
c)	Ordre dans lequel les témoins seront appelés	66
d)	Interrogation de témoins avant leur comparution à l'audience	67
e)	Audition de représentants d'une partie	68
16.	Experts et témoignages d'experts	69 - 73
a)	Expert désigné par le tribunal arbitral	70 - 72
i)	Mission de l'expert	71
ii)	Possibilité pour les parties de faire des observations sur le rapport de l'expert, y compris en présentant un témoignage d'expert	72
b)	Présentation d'un avis d'expert par une partie (témoignage d'expert)	73
17.	Audiences	74 - 85
a)	Décision de tenir ou non des audiences	74 - 75
b)	Vaut-il mieux tenir une série continue d'audiences ou des séries d'audiences séparées	76
c)	Fixation de dates pour les audiences	77
d)	Devrait-il y avoir une limite globale quant au temps dont disposera chaque partie pour présenter des exposés oraux et interroger des témoins ?	78 - 79
e)	Ordre dans lequel les parties présenteront leurs arguments et leurs preuves	80
f)	Durée des audiences	81
g)	Dispositions relatives à l'établissement d'un procès-verbal des audiences	82 - 83
h)	Possibilité pour les parties de soumettre des notes résumant leurs exposés oraux et moment de la remise de ces notes	84 - 85
18.	Arbitrage multipartite	86 - 88
19.	Conditions éventuelles à remplir pour le dépôt ou la remise de la sentence	89 - 90
	Qui devra faire le nécessaire pour que les conditions soient remplies ?	90

ANNOTATIONS

1. Règlement d'arbitrage

Si les parties n'ont pas convenu d'un règlement d'arbitrage, souhaitent-elles le faire ?

14. Parfois, les parties n'ayant pas inclus dans leur convention d'arbitrage une disposition aux termes de laquelle la procédure arbitrale sera régie par un règlement d'arbitrage donné, souhaiteront le faire après l'ouverture de la procédure. Dans ce cas, le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI pourra être utilisé, soit sans modification, soit avec les modifications dont les parties voudront convenir. Les parties pourront aussi souhaiter adopter les règles d'une institution d'arbitrage, auquel cas il pourra être nécessaire d'obtenir l'accord de cette institution et d'énoncer les conditions dans lesquelles l'arbitrage pourra être mené conformément aux règles de cette institution.

15. Toutefois, il faudra faire preuve de prudence, car l'examen d'un règlement d'arbitrage risquera de retarder la procédure ou de susciter des controverses inutiles.

16. On notera qu'un accord sur le règlement d'arbitrage n'est pas nécessaire et que, si les parties ne conviennent pas d'un tel règlement, le tribunal arbitral est habilité à poursuivre la procédure et à déterminer la manière dont la procédure sera menée.

2. Langue de la procédure

17. De nombreux règlements et lois relatifs à la procédure arbitrale habilent le tribunal arbitral à déterminer la langue ou les langues à utiliser dans la procédure, si les parties ne se sont pas accordées sur ce point.

a) *Une traduction, intégrale ou non, des documents sera-t-elle nécessaire ?*

18. Certains documents joints à la requête et à la réponse ou soumis ultérieurement peuvent ne pas être dans la langue de la procédure. En ayant présents à l'esprit les besoins de la procédure et les impératifs d'économie, on pourra étudier si le tribunal arbitral devrait ordonner que certains de ces documents ou des sections de ces documents soient accompagnés d'une traduction dans la langue de la procédure.

b) *L'interprétation des présentations orales sera-t-elle nécessaire ?*

19. Lorsqu'une interprétation est nécessaire durant les audiences, il est bon d'étudier si l'interprétation sera simultanée ou consécutive et si les arrangements à prendre en la matière relèveront de la responsabilité d'une partie ou du tribunal arbitral. Dans un arbitrage institutionnel, les services d'interprétation et de traduction sont souvent confiés à l'institution d'arbitrage.

c) *Coût de la traduction et de l'interprétation*

20. Lorsque des décisions sont prises à propos de la traduction ou de l'interprétation, il est bon de déterminer si certaines dépenses, ou l'ensemble des dépenses, devront être payées directement par une partie ou seront payées au moyen des provisions, puis réparties entre les parties, de même que les autres frais de l'arbitrage.

3. Lieu de l'arbitrage

a) *Détermination du lieu de l'arbitrage, s'il n'a pas déjà été convenu par les parties*

21. Les règlements d'arbitrage autorisent en général les parties à convenir du lieu de l'arbitrage, étant entendu que certaines institutions d'arbitrage exigent qu'un arbitrage administré par elles soit organisé dans un lieu particulier, normalement l'emplacement de l'institution. Si le lieu n'a pas été ainsi convenu, les règles régissant l'arbitrage disposent en général que le tribunal arbitral, ou l'institution administrant l'arbitrage, est habilité à le déterminer. Si le tribunal arbitral doit choisir le lieu, il souhaitera peut-être entendre l'avis des parties avant de trancher.

22. Diverses considérations de fait et facteurs juridiques influent sur le choix du lieu de l'arbitrage et leur importance relative varie selon les cas. Ces considérations et facteurs sont notamment les suivants : a) caractère approprié de la loi du lieu de l'arbitrage applicable à la procédure arbitrale; b) existence ou non d'un traité multilatéral ou bilatéral relatif à l'exécution des sentences arbitrales entre l'État où l'arbitrage a lieu et l'État, ou les États, où la sentence devra sans doute être exécutée; c) commodité pour les parties et les arbitres, compte tenu en particulier des distances à parcourir; d) disponibilité et coût des services d'appui requis; e) emplacement de l'objet du litige et proximité des éléments de preuve.

b) *Possibilité d'organiser des réunions dans un lieu autre que le lieu de l'arbitrage*

23. De nombreux règlements et lois relatifs à la procédure arbitrale autorisent expressément le tribunal arbitral à organiser des réunions dans un lieu autre que le lieu d'arbitrage. Par exemple, en vertu de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, "le tribunal arbitral peut, sauf convention contraire des parties, se réunir en tout lieu qu'il jugera approprié pour l'organisation de consultations entre ses membres, l'audition des témoins, des experts ou des parties, ou pour l'inspection de marchandises, d'autres biens ou de pièces"

(article 20-2). Cette latitude est donnée au tribunal, afin que la procédure arbitrale puisse être menée de la manière la plus efficace et la plus économique.

4. Services administratifs nécessaires, le cas échéant, pour que le tribunal arbitral puisse s'acquitter de ses fonctions

24. Divers services administratifs (par exemple, salles d'audiences ou services de secrétariat) sont parfois nécessaires pour que le tribunal arbitral puisse s'acquitter de ses fonctions. Lorsque des parties ont soumis leur litige à une institution d'arbitrage, celle-ci fournira en général la totalité ou une bonne partie de l'appui administratif requis. Lorsqu'un arbitrage administré par une institution d'arbitrage a lieu hors du siège de cette institution, cette dernière peut faire en sorte que les services administratifs requis soient obtenus auprès d'une autre source, souvent une autre institution d'arbitrage; certaines institutions ont conclu des accords de coopération aux termes desquels elles se fournissent une assistance mutuelle pour assurer le service des procédures arbitrales.

25. Lorsque l'arbitrage n'est pas administré par une institution, ou que l'institution ne fournit pas de services administratifs, les dispositions en la matière sont en général prises par le tribunal arbitral ou par l'arbitre président; il est également acceptable de confier certains de ces arrangements aux parties, ou encore à l'une des parties, à condition que l'autre partie, ou les autres parties, l'acceptent. Même dans ces cas, les institutions d'arbitrage peuvent être une source utile de services administratifs, car elles mettent souvent leurs moyens à la disposition d'arbitrages non régis par leur règlement. Sinon, certains services peuvent être obtenus auprès d'entités telles que des chambres de commerce, des hôtels ou des entreprises spécialisées fournissant des services de secrétariat et autres services d'appui.

26. A cette fin, on peut également recruter un secrétaire du tribunal arbitral (également désigné sous le nom de greffier, clerc, administrateur ou rapporteur), qui s'acquittera de ces tâches sous le contrôle du tribunal arbitral. Certaines institutions d'arbitrage affectent régulièrement de telles personnes aux arbitrages qu'elles administrent. Dans les arbitrages non institutionnels, ou lorsque l'institution d'arbitrage n'a pas nommé de secrétaire, certains arbitres recrutent souvent des secrétaires, du moins pour certains types d'affaires, alors que d'autres s'en abstiennent en général.

27. Dans la mesure où la tâche du secrétaire est purement administrative (consistant, par exemple, à obtenir une salle de réunion ou à coordonner les services de secrétariat), cette question ne fait en général pas l'objet de controverses. Des divergences de vues peuvent toutefois apparaître si la tâche du secrétaire consiste également à effectuer des recherches juridiques et à fournir tout autre type d'assistance professionnelle au tribunal arbitral (par exemple, recueillir des décisions de justice ou des commentaires publiés sur des questions juridiques définies par un tribunal arbitral, établir des résumés de décisions de justice et de publications et, parfois, élaborer des projets de décisions de procédure ou des projets relatifs à certaines sections de la sentence, notamment celles concernant les faits). Les avis ou les attentes peuvent diverger, notamment lorsque la tâche du secrétaire est similaire aux fonctions des arbitres. Un tel rôle est considéré comme inapproprié par certains commentateurs, ou comme approprié à certaines conditions seulement, notamment l'accord des parties. Il est toutefois habituellement reconnu qu'il importe de veiller à ce que le secrétaire n'exerce aucune des fonctions de décision incombant au tribunal arbitral.

5. Provisions

a) Montant à déposer

28. Dans un arbitrage institutionnel, l'institution fixe souvent, sur la base d'une estimation du coût de la procédure, le montant à déposer en tant qu'avance sur les coûts de l'arbitrage. Dans d'autres cas, il est d'usage que le tribunal arbitral procède à une telle estimation et demande une provision. L'estimation englobe en général les frais de voyage et autres frais encourus par les arbitres, le coût des avis d'experts, les dépenses au titre de l'assistance administrative requise par le tribunal arbitral et les honoraires des arbitres. De nombreux règlements d'arbitrage énoncent des dispositions en la matière, indiquant notamment si la provision devra être versée par les deux parties (ou toutes les parties dans un arbitrage multipartite) ou par le seul requérant.

b) Gestion des provisions

29. Dans un arbitrage institutionnel, la gestion et la comptabilisation des sommes déposées peut compter parmi les services fournis par l'institution. Si ce n'est pas le cas, il peut être utile de préciser des questions telles que le type et l'emplacement du compte sur lequel les provisions seront versées et la manière dont elles seront gérées.

c) Provisions supplémentaires

30. Si, durant la procédure il apparaît que les frais seront plus élevés que prévu, des provisions supplémentaires pourront être requises (par exemple, si le tribunal arbitral décide, en application du règlement d'arbitrage, de nommer un expert).

6. Confidentialité des informations relatives à l'arbitrage; accord possible sur ce point

31. On considère dans une large mesure que la confidentialité est l'un des aspects les plus avantageux et les plus utiles de l'arbitrage. Toutefois, les lois nationales n'apportent pas toutes la même réponse à la question de savoir dans quelle mesure les parties à une procédure d'arbitrage sont tenues d'observer la confidentialité des informations y relatives. De plus, des parties qui se sont mises d'accord sur un règlement d'arbitrage qui ne traite pas expressément de la question de la confidentialité ne peuvent assumer que leur accord sera dans tous les pays réputé contenir, comme condition implicite, une obligation de confidentialité. Par ailleurs, les parties peuvent ne pas avoir le même idée quant au degré de confidentialité à attendre. C'est pourquoi le tribunal arbitral voudra peut-être examiner cette question avec les parties et, le cas échéant, consigner les principes pouvant avoir été convenus concernant l'obligation de confidentialité.

32. Un accord en la matière pourrait par exemple porter sur un ou plusieurs des points suivants : documents ou informations devant être gardés confidentiels (par exemple, éléments de preuve, exposés écrits et oraux, fait que l'arbitrage a lieu, identité des arbitres, teneur de la sentence); mesures à prendre pour préserver la confidentialité des informations et des audiences; procédures particulières à suivre pour préserver la confidentialité de l'information transmise par des moyens électroniques (par exemple, dans le cas où des équipements de communication sont communs à plusieurs usagers, ou lorsque le courrier électronique passant par des réseaux publics est considéré comme insuffisamment protégé contre tout accès non autorisé); circonstances dans lesquelles des informations confidentielles peuvent être divulguées partiellement ou intégralement (par exemple, dans le contexte de la divulgation d'informations du domaine public ou si la loi ou un organe réglementaire l'exige).

7. Transmission des communications écrites entre les parties et les arbitres

33. Dans la mesure où la manière dont les documents et les autres communications écrites devront être transmis entre les parties et les arbitres n'est pas abordée dans le règlement convenu ou, en cas d'arbitrage institutionnel, n'est pas prévue par la pratique de l'institution, il est utile que le tribunal arbitral précise cette question suffisamment tôt, afin d'éviter tout malentendu et tout retard.

34. Différents types de transmission sont possibles : une partie peut transmettre le nombre approprié de copies au tribunal arbitral, ou à l'institution d'arbitrage, le cas échéant, qui les communique de la manière appropriée. Une partie peut aussi envoyer des copies simultanément aux arbitres et à l'autre partie ou aux autres parties. La transmission de documents et de communications écrites par le tribunal arbitral ou l'arbitre président à une ou plusieurs parties peut également se faire d'une manière déterminée, par exemple par le biais de l'institution d'arbitrage, ou directement. Pour certaines communications, notamment celles qui traitent de questions d'organisation (par exemple, la date des audiences), on peut s'accorder sur des modes de communication plus directs, même si, par exemple, l'institution d'arbitrage fait office d'intermédiaire pour des documents tels que la requête et la réponse, les pièces ou les arguments écrits.

8. Télécopie et autres moyens électroniques de communications de documents

a) *Télécopie*

35. La télécopie, qui offre de nombreux avantages par rapport aux moyens traditionnels de communication, est largement utilisée en matière d'arbitrage. Toutefois, si l'on considère, en raison des caractéristiques du matériel utilisé, qu'il est préférable de ne pas se fier à la télécopie d'un document, des dispositions spéciales peuvent être envisagées; les parties peuvent, par exemple, convenir que telle ou telle pièce écrite devra être envoyée par courrier ou remise matériellement de toute autre manière, ou que certains messages télécopiés devront être confirmés par courrier ou par expédition des documents dont la copie a été transmise par des moyens électroniques. Néanmoins, afin que la procédure ne soit pas trop rigide lorsque certains documents ne peuvent être envoyés par télécopie, il peut être bon que le tribunal arbitral reste libre d'accepter une copie préliminaire d'un document par télécopie, lorsqu'il s'agit de respecter une date limite, à condition que le document lui-même soit reçu ultérieurement dans un délai raisonnable.

b) *Autres moyens électroniques (par exemple, courrier électronique, disques magnétiques ou optiques)*

36. Il peut être convenu que les documents, ou certains d'entre eux, seront échangés non seulement sur papier, mais également sous une forme électronique autre que la télécopie (par exemple, par courrier électronique ou sur des disques magnétiques ou optiques), voire uniquement sous forme électronique. Comme cela suppose que les personnes intéressées soient aptes à utiliser les équipements et les logiciels voulus et en disposent, un accord est nécessaire à cette fin. Si l'on doit utiliser à la fois des documents sur papier et des moyens électroniques, il est bon de décider lesquels seront déterminants et, si une date limite est fixée pour la soumission d'un document, quel acte aura valeur de soumission.

37. Lorsqu'il est prévu d'échanger des documents sous forme électronique, il est utile, afin d'éviter tout problème technique, de convenir notamment des questions suivantes : les supports de données (par exemple, disques informatiques ou courrier électronique) et leurs caractéristiques techniques; les logiciels à utiliser pour établir les dossiers électroniques; les instructions à suivre pour transformer des dossiers électroniques en documents lisibles par l'homme; la tenue de registres et l'établissement de copies de sauvegarde des communications reçues et envoyées; les informations visibles devant accompagner les disques (par exemple, les noms de l'expéditeur et du destinataire, le logiciel utilisé, les titres des fichiers électroniques et les méthodes de sauvegarde utilisées); les procédures à appliquer lorsqu'un message est perdu ou que le système de communication ne fonctionne pas pour toute autre raison; et l'identification des personnes à contacter en cas de problème.

9. Dispositions concernant l'échange de communications écrites

38. Après que les parties ont présenté leur requête et leur réponse, elles peuvent être désireuses - ou le tribunal arbitral peut leur demander - de présenter de nouvelles communications écrites qui permettront de préparer les audiences, ou serviront de base à une décision prise sans audience. Dans ces communications, les parties peuvent, par exemple, présenter des allégations et des éléments de preuve ou faire des commentaires à ce propos, citer ou expliquer des règles de droit, ou faire des propositions ou y répondre. Dans la pratique, ces communications portent différents noms : par exemple, déclaration, mémoire, contre-mémoire, conclusion, réponse, réplique, duplique, etc.; la terminologie utilisée dépend des usages linguistiques, ainsi que de la portée et de l'ordre chronologique des communications.

a) *Calendrier de soumission des communications écrites*

39. Il est bon que le tribunal arbitral fixe des dates limites pour la soumission de communications écrites. En imposant ces dates limites, le tribunal arbitral voudra peut-être, d'une part, veiller à ce que l'affaire ne soit pas indûment retardée et, d'autre part, se réserver le droit, dans une certaine mesure, de permettre la soumission tardive de communications si les circonstances le justifient. Dans certains cas, le tribunal arbitral pourra préférer ne pas planifier à l'avance la soumission de communications écrites; cette question et celle des délais seront alors tranchées en fonction de l'évolution de la procédure. Dans d'autres cas, le tribunal arbitral pourra souhaiter

déterminer, lorsqu'il établira le calendrier de soumission des premières communications écrites, le nombre de communications ultérieures.

40. La pratique diffère sur le point de savoir si, après que les audiences ont eu lieu, les communications écrites sont toujours acceptables. Certains tribunaux arbitraux considèrent que les communications écrites présentées après les audiences ne sont pas acceptables, alors que d'autres pourront demander ou autoriser des communications après audience sur une question particulière. Certains tribunaux arbitraux se conforment à la pratique selon laquelle les parties n'ont pas à présenter des preuves et des arguments juridiques écrits avant les audiences; dans ce cas, le tribunal arbitral pourra juger approprié que des communications écrites soient soumises après les audiences.

b) Communications consécutives ou simultanées

41. Les communications écrites sur une question peuvent être présentées consécutivement, c'est-à-dire que la partie recevant une communication se voit accorder un délai donné pour réagir en présentant sa réponse. Il est possible également de demander à chaque partie de présenter sa communication dans le même délai au tribunal arbitral ou à l'institution administrant l'arbitrage; les communications reçues sont alors transmises simultanément à l'autre partie ou aux autres parties. L'approche retenue pourra dépendre du type de questions à traiter et du délai dans lequel les avis doivent être précisés. Lorsque les communications sont présentées consécutivement, il faut en général plus longtemps pour obtenir les avis des parties sur une question donnée. Toutefois, des communications consécutives permettent à la partie présentant sa réponse de faire des observations sur toutes les questions soulevées par l'autre partie ou les autres parties, ce qui n'est pas possible dans le cas des communications simultanées; de ce fait, si les communications sont présentées simultanément, il faudra sans doute envisager une nouvelle série de communications.

10. Détails pratiques concernant les communications écrites et les pièces (par exemple, méthode de communication, copies, numérotation, références)

42. En fonction du volume et du type de documents à traiter, on pourra juger qu'il serait utile de prendre des dispositions pratiques concernant notamment les détails suivants :

- Forme des communications sur papier ou par des moyens électroniques, ou bien les deux (voir par. 35 à 37);
- Nombre de copies de chaque document à soumettre;
- Système de numérotation des documents et des pièces et méthode de marquage, notamment par étiquetage;
- Forme des références à des documents (par exemple, titre et numéro du document, ou sa date);
- Numérotation des paragraphes des communications écrites, afin qu'il soit plus facile de faire référence à telle ou telle partie d'un texte;
- Lorsque des traductions doivent être communiquées sur papier, doivent-elles être contenues dans le même volume que les textes originaux ou dans des volumes distincts ?

11. Définition des questions à régler : ordre de décisions à prendre; définition de la réparation ou du recours demandés

a) Faudrait-il établir une liste des questions à régler ?

43. Lorsqu'il examinera les arguments et allégations des parties, le tribunal arbitral pourra juger utile, pour lui-même ou pour les parties, d'établir, à des fins d'analyse et pour faciliter le débat, une liste des questions à régler, par opposition à celles qui ne sont pas contestées. Si le tribunal détermine que les avantages d'une telle méthode l'emportent sur les inconvénients, il choisira pour ce faire l'étape appropriée de la procédure, étant entendu que l'évolution ultérieure de celle-ci pourra exiger une révision de la liste. Cette détermination des

questions à régler permettra sans doute de se concentrer sur les questions essentielles, de réduire par accord des parties le nombre des questions à régler et de choisir la méthode la plus efficace et la plus économique de règlement du litige. Toutefois, l'établissement d'une telle liste peut présenter des inconvénients : il peut causer des retards ou porter atteinte à la souplesse de la procédure, ou entraîner des désaccords sur le point de savoir si le tribunal arbitral a tranché toutes les questions qui lui ont été soumises ou si la sentence comprend des décisions portant sur des questions qui ne relèvent pas du mandat du tribunal arbitral. Le mandat requis en application de certains règlements d'arbitrage, ou dans les compromis, peut remplir la même fonction que la liste des questions à régler envisagée ci-dessus.

b) *Dans quel ordre les questions à régler devraient-elles être tranchées ?*

44. Il est souvent bon de traiter collectivement de toutes les questions à régler, mais le tribunal arbitral pourra décider de les aborder durant la procédure dans un ordre donné. En effet, une question peut être préliminaire par rapport à une autre (par exemple, une décision sur la compétence du tribunal arbitral passe avant l'examen de questions de fond, ou la question de la responsabilité en cas de rupture d'un contrat passe avant celle des dommages-intérêts y relatifs). On peut également adopter un ordre particulier lorsque la rupture de plusieurs contrats est invoquée ou lorsque des dommages-intérêts découlant de faits différents sont demandés.

45. Si le tribunal arbitral a adopté un ordre particulier pour l'examen des questions à régler, il pourra juger approprié de trancher une question avant les autres. Cela peut être le cas, par exemple, lorsqu'un élément distinct d'une réclamation peut déjà être tranché, alors que d'autres exigent encore un examen approfondi, ou lorsque l'on escompte qu'après que certaines questions auront été tranchées, les parties seront davantage disposées à régler les autres. Ces décisions préalables sont parfois désignées sous le nom de sentences ou décisions "partielles" "interlocutoires" ou "provisoires", selon le type de question traitée et selon que la décision est ou non définitive pour ce qui est de la question traitée. Ces décisions peuvent par exemple porter sur la compétence du tribunal arbitral, sur des mesures provisoires ou conservatoires, ou sur la responsabilité d'une partie.

c) *Est-il nécessaire de définir plus précisément l'objet de la demande?*

46. Si le tribunal arbitral considère que l'objet de la demande n'est pas suffisamment précis, il pourra souhaiter expliquer aux parties avec quel degré de précision elles doivent formuler leurs demandes. Ces explications seront sans doute utiles car les critères relatifs au degré de précision de l'objet de la demande ne sont pas uniformes.

12. Les négociations relatives à un règlement par accord des parties et leur effet sur la planification de la procédure

47. Les attitudes divergent sur le point de savoir s'il est approprié pour le tribunal arbitral d'évoquer la possibilité d'un règlement par accord des parties. De ce fait, le tribunal arbitral devra faire preuve d'une grande prudence s'il souhaite suggérer des négociations en vue d'un tel règlement. Toutefois, il peut être bon que le tribunal arbitral planifie la procédure de manière à faciliter la poursuite ou l'ouverture de négociations en vue d'un règlement par accord des parties.

13. Preuves documentaires

a) *Délais de soumission des preuves documentaires que comptent présenter les parties, conséquences d'une soumission tardive*

48. Souvent, les communications écrites des parties comportent suffisamment d'informations pour que le tribunal arbitral puisse fixer le délai requis pour la soumission des preuves. Dans le cas contraire, afin de fixer un délai réaliste, le tribunal arbitral voudra peut-être déterminer avec les parties le temps dont elles auront besoin.

49. Le tribunal arbitral voudra peut-être préciser que les preuves soumises tardivement ne seront en règle générale pas acceptées. Toutefois, il ne voudra sans doute pas s'interdire d'accepter une preuve soumise tardivement si le retard est justifié.

b) Le tribunal arbitral a-t-il l'intention de demander à une partie de produire des preuves documentaires?

50. Les procédures et les pratiques divergent largement pour ce qui est des conditions dans lesquelles le tribunal arbitral peut exiger d'une partie qu'elle produise des documents. C'est pourquoi, le tribunal arbitral pourra juger utile, lorsque le règlement d'arbitrage convenu n'énonce pas de conditions particulières, de préciser aux parties de quelle manière il compte procéder.

51. Le tribunal pourra souhaiter fixer des délais pour la production de documents. Il pourra rappeler aux parties que, si la partie requise, dûment invitée à produire des preuves documentaires, ne le fait pas dans le délai fixé sans donner une justification suffisante, il sera libre de tirer ses propres conclusions et de prononcer la sentence sur la base des preuves qui lui auront été présentées.

c) Les affirmations quant à l'origine et à la réception des documents et quant à la conformité des photocopies devraient-elles être supposées exacte ?

52. Il peut être utile au tribunal arbitral d'informer les parties qu'il compte mener la procédure en se fondant sur les hypothèses suivantes, à moins qu'une partie n'émette une objection à propos de telle ou telle de ces hypothèses dans un délai spécifié : *a)* un document est accepté comme émanant de la source qui y est indiquée; *b)* une copie d'une communication expédiée (par exemple une lettre, un télex, un fax ou un autre message électronique) est acceptée sans autre preuve comme ayant été reçue par le destinataire; et *c)* une photocopie est acceptée comme conforme. Une déclaration à cet effet du tribunal arbitral peut simplifier la présentation de preuves documentaires et dissuader des parties d'émettre des objections infondées et dilatoires, à un stade avancé de la procédure, quant à la valeur probante des documents. Il est bon de préciser que le délai requis pour la présentation d'objections ne sera pas pris en compte si le tribunal arbitral considère que le retard est justifié.

d) Les parties seront-elles disposées à présenter conjointement un ensemble unique de preuves documentaires ?

53. Les parties pourront envisager de soumettre conjointement un ensemble unique de preuves documentaires dont l'authenticité n'est pas contestée. On pourra ainsi éviter les doubles emplois et des débats superflus sur l'authenticité des documents, sans préjudice de la position des parties quant à la teneur de ces documents. Des documents supplémentaires pourront être insérés ultérieurement si les parties en conviennent. Lorsqu'un ensemble unique de documents est trop volumineux pour être aisément exploitable, il peut être bon de sélectionner un certain nombre de documents fréquemment utilisés et d'établir un jeu de documents "de travail". Il peut être pratique de classer les documents par ordre chronologique ou par sujet. Il est utile d'établir une table des matières, indiquant par exemple les titres abrégés et les dates des documents, et de disposer que les parties se référeront à ces documents en mentionnant ces titres et dates.

e) Les preuves documentaires volumineuses et complexes devraient-elles être présentées sous forme de résumés, tableaux, graphiques, extraits ou spécimens ?

54. Lorsqu'une preuve documentaire est volumineuse et complexe, il est possible d'économiser du temps et de l'argent en présentant cette preuve sous forme de rapport d'une personne compétente (par exemple, expert-comptable ou ingénieur-conseil). Le rapport peut présenter les informations sous forme de résumés, tableaux, graphiques, extraits ou spécimens. La présentation de preuves de cet ordre devrait être associée à des dispositions permettant à la partie intéressée d'examiner les données originales, ainsi que la méthode utilisée pour établir le rapport.

14. Preuves matérielles autres que les documents

55. Dans certains arbitrages, le tribunal est appelé à évaluer des preuves matérielles autres que des documents, par exemple, en inspectant des échantillons de marchandises, en visionnant un enregistrement vidéo ou en observant le fonctionnement d'une machine.

a) *Dispositions à prendre en vue de la soumission de preuves matérielles*

56. Si des preuves matérielles doivent être soumises, le tribunal arbitral peut souhaiter fixer un calendrier pour leur présentation, prendre des dispositions pour que l'autre partie ou les autres parties aient la possibilité de se préparer pour la présentation des preuves et prendre éventuellement des mesures pour préserver les éléments de preuve.

b) Dispositions à prendre si une inspection sur place est nécessaire

57. Si une inspection sur place de biens ou de marchandises doit avoir lieu, le tribunal arbitral peut examiner des questions telles que la date et le lieu des inspections, d'autres dispositions pour donner à toutes les parties la possibilité d'être présentes, et la nécessité d'éviter les communications entre les arbitres et une partie sur des points litigieux en l'absence de l'autre partie ou des autres parties.

58. Le site à inspecter est souvent sous le contrôle de l'une des parties, ce qui signifie généralement que les employés ou les représentants de cette partie seront présents pour donner des indications et des explications. Il faut garder à l'esprit que les déclarations de ces représentants ou employés faites durant de telles inspections sur place, à la différence des déclarations que ces personnes pourront faire en tant que témoins lors d'une audience, ne doivent pas être considérées comme des preuves dans le cadre de la procédure.

15. Témoins

59. Les lois et règlements relatifs à la procédure arbitrale laissent en général beaucoup de latitude en ce qui concerne la manière dont sont reçus les témoignages et, dans la pratique, les façons de procéder sont diverses. Afin de faciliter la préparation des parties pour les audiences, le tribunal arbitral pourra juger approprié de préciser, avant ces audiences, certains des points suivants ou la totalité de ces points.

a) Communication préalable concernant un témoin qu'une partie a l'intention de présenter : déclarations écrites de témoins

60. Dans la mesure où le règlement d'arbitrage applicable n'aborde pas la question, le tribunal arbitral pourra demander que chaque partie soumette à l'avance au tribunal arbitral et à l'autre partie ou aux autres parties une communication concernant tout témoin qu'elle entend présenter. On pourra prévoir qu'une telle communication contienne par exemple, outre le nom et l'adresse des témoins, les éléments suivants : *a)* le sujet sur lequel les témoins feront leur déclaration; *b)* la langue dans laquelle ils la feront; *c)* la nature de leur relation avec l'une quelconque des parties, leurs qualifications et leur expérience, dans la mesure où elles ont un rapport avec le litige ou le témoignage, et la manière dont ils ont eu connaissance des faits sur lesquels ils doivent faire leur déclaration. Toutefois, une telle notification peut ne pas être nécessaire, en particulier si l'objet du témoignage ressort clairement des allégations de la partie.

61. Certains praticiens sont favorables à la méthode selon laquelle la partie présentant un témoignage soumet une déclaration signée du témoin contenant le témoignage. On notera toutefois qu'une telle méthode, qui suppose une entrevue entre le témoin et la partie présentant le témoignage, n'est pas connue dans toutes les régions du monde et qu'en outre, certains praticiens la désapprouvent, au motif que de tels contacts entre la partie et le témoin peuvent compromettre la crédibilité du témoignage et sont donc à éviter (voir ci-après par. 67). Nonobstant ces réserves, le témoignage signé présente des avantages : il peut hâter la procédure en permettant à la partie ou aux parties adverses de mieux se préparer pour les audiences; en outre, les parties sont ainsi mieux à même de déterminer les questions non contestées. Toutefois, il se peut que les inconvénients du témoignage écrit, notamment le temps et les dépenses nécessaires pour l'obtenir, l'emportent sur ses avantages.

62. Si la déclaration signée d'un témoin doit être assermentée, ou si sa véracité doit être confirmée de manière similaire, il peut être nécessaire de préciser devant qui le serment ou la confirmation doivent être faits et si une authentification officielle sera requise par le tribunal arbitral.

b) *Manière de procéder à l'interrogation des témoins*

i) *Ordre dans lequel les questions sont posées et manière dont l'audition des témoins est conduite*

63. Dans la mesure où le règlement applicable ne donne pas de réponse en la matière, il peut être utile que le tribunal arbitral précise la manière dont les témoins seront entendus. Selon une des diverses méthodes possibles, le témoin est d'abord interrogé par le tribunal arbitral, après quoi il est interrogé par les parties, en commençant par celle qui l'a présenté. Selon une autre méthode, le témoin est interrogé par la partie l'ayant présenté, puis par l'autre ou les autres parties, le tribunal arbitral ayant la possibilité de poser lui-même des questions après les parties sur les points qui, à son avis, n'ont pas été suffisamment clarifiés. Le degré de contrôle du tribunal arbitral sur l'audition des témoins varie lui aussi. C'est ainsi que certains arbitres préfèrent laisser aux parties la possibilité de poser librement et directement des questions au témoin, mais peuvent écarter une question si une partie élève une objection. D'autres arbitres tendent à exercer un contrôle plus rigoureux et peuvent écarter une question de leur propre initiative, voire demander que les questions des parties soient posées par l'intermédiaire du tribunal arbitral.

ii) *Cas où une déclaration orale est faite sous serment et forme sous laquelle le serment doit alors être prêté*

64. Les pratiques et les lois diffèrent quant à la question de savoir si le témoignage oral doit être ou non fait sous serment. Dans certains systèmes juridiques, les arbitres sont habilités à faire prêter serment aux témoins, mais c'est généralement à eux qu'il appartient d'en décider. Dans d'autres systèmes, le témoignage oral sous serment est inconnu, voire considéré comme irrégulier, car seul un juge ou un notaire peuvent avoir qualité pour faire prêter serment.

iii) *Les témoins peuvent-ils ou non être présents dans la salle d'audience lorsqu'ils ne déposent pas ?*

65. Certains arbitres sont favorables à la règle selon laquelle, sauf circonstances particulières, la présence d'un témoin dans la salle d'audience doit être limitée au temps pendant lequel il fait sa déposition. Le but recherché est d'éviter que les témoins soient influencés par ce qui est dit dans la salle d'audience, ou d'empêcher que la présence du témoin influence d'autres témoins. D'autres arbitres considèrent 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 d'autres méthodes possibles, les témoins ne sont pas présents dans la salle d'audience avant d'être appelés à témoigner, mais ils y restent après avoir fait leur déposition, ou le tribunal arbitral peut se prononcer sur ce point au cas par cas, en fonction de ce qu'il juge approprié. Il peut décider de la procédure à suivre pendant les audiences ou bien donner des indications sur la question avant les audiences.

c) *Ordre dans lequel les témoins seront appelés*

66. Lorsque plusieurs témoins doivent être entendus et que l'on s'attend à des dépositions assez longues, il est probablement possible de réduire les frais en déterminant à l'avance l'ordre dans lequel ces témoins feront leur déposition. Chaque partie pourra 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.

d) *Interrogation de témoins avant leur comparution à l'audience*

67. Dans certains systèmes juridiques, les parties ou leurs représentants sont autorisés à interroger les témoins, avant que ceux-ci comparaissent à l'audience, sur le souvenir qu'ils ont des faits pertinents, leur expérience, leurs qualifications ou leurs liens avec un participant à la procédure. Dans ces systèmes, de telles interrogations ne sont habituellement pas autorisées lorsque la déclaration orale du témoin a commencé. Dans d'autres systèmes, elles sont considérées comme irrégulières. Afin d'éviter tout malentendu, le tribunal arbitral pourra juger utile de préciser à quel type d'interrogation une partie est autorisée à soumettre un témoin pour préparer les audiences.

e) *Audition de représentants d'une partie*

68. Dans certains systèmes juridiques, certaines personnes associées à une partie ne peuvent être entendues que comme représentants de cette partie, et non comme témoins. En pareil cas, il peut être nécessaire d'examiner les critères à appliquer pour déterminer quelles personnes ne sont pas autorisées à témoigner (par exemple, certains cadres, employés ou agents) et pour interroger ces personnes.

16. Experts et témoignages d'experts

69. De nombreux règlements d'arbitrage et lois sur la procédure arbitrale traitent de la participation d'experts à la procédure arbitrale. Souvent, le tribunal arbitral a le pouvoir de désigner un expert chargé de faire un rapport sur des questions déterminées par le tribunal; en outre, les parties peuvent être autorisées à présenter des témoignages d'experts sur des points en litige. Dans d'autres cas, c'est aux parties qu'il appartient de présenter des témoignages d'experts, le tribunal arbitral n'étant pas alors censé désigner un expert.

a) *Expert désigné par le tribunal arbitral*

70. Si le tribunal arbitral est habilité à désigner un expert, il peut, soit le faire directement, soit consulter les parties sur le choix de l'expert, ce qu'il peut faire sans mentionner de candidat, en présentant aux parties une liste de candidats, en demandant aux parties de faire des propositions, ou en discutant avec les parties du "profil" de l'expert qu'il envisage de désigner, par exemple ses qualifications, son expérience et ses compétences.

i) *Mission de l'expert*

71. La mission de l'expert doit préciser les questions sur lesquelles ce dernier doit fournir des éclaircissements, éviter de soulever des points sur lesquels l'expert n'a pas à se prononcer, et lui fixer un calendrier. Ayant le pouvoir de désigner un expert, le tribunal arbitral peut normalement en formuler le mandat, mais il peut décider aussi de consulter auparavant les parties à ce propos. Il pourrait aussi être utile de préciser comment l'expert recevra des parties toutes informations pertinentes ou aura accès à tous documents, marchandises ou autres biens pertinents pour pouvoir établir son rapport. Afin de faciliter l'évaluation du rapport de l'expert, il est souhaitable de lui demander 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.

ii) *Possibilité pour les parties de faire des observations sur le rapport de l'expert, y compris en présentant un témoignage d'expert*

72. Les règlements d'arbitrage qui contiennent des dispositions concernant les experts comportent aussi en général des dispositions sur le droit d'une partie de faire des observations sur le rapport de l'expert désigné par le tribunal arbitral. Si aucune de ces dispositions n'est applicable, ou si des procédures plus précises sont jugées nécessaires, le tribunal arbitral peut, à la lumière de ces dispositions, estimer opportun de déterminer, par exemple, le délai dans lequel doivent être présentées les observations écrites des parties ou, s'il est prévu d'entendre en audience les explications de l'expert, la marche à suivre par les parties pour interroger l'expert ou pour permettre la participation d'experts présentés par les parties.

b) *Présentation d'un avis d'expert par une partie (témoignage d'expert)*

73. Si une partie présente un avis d'expert, le tribunal arbitral pourra envisager de demander, par exemple, que cet avis soit présenté par écrit, que l'expert soit disponible pour comparaître afin de répondre à des questions et que, si une partie présente un expert comme témoin à une audience, communication en soit faite à l'avance ou que l'avis écrit soit présenté à l'avance, comme dans le cas des autres témoins (voir supra, par. 60 à 62).

17. Audiences

a) *Décision de tenir ou non des audiences*

74. Les lois sur la procédure arbitrale et les règlements d'arbitrage comportent souvent des dispositions sur la question de savoir s'il y a lieu de tenir une procédure orale et sur les cas dans lesquels le tribunal arbitral est libre de décider de tenir ou non des audiences.

75. Si c'est au tribunal arbitral qu'il appartient de décider s'il y a lieu de tenir des audiences, sa décision sera probablement influencée par un certain nombre de facteurs : d'une part, il est habituellement plus rapide et plus facile de clarifier des points litigieux dans le cadre d'une confrontation directe des arguments que par correspondance; d'autre part, la tenue des audiences entraîne des frais de déplacement et autres frais; et la nécessité de trouver des dates acceptables pour les audiences peut retarder la procédure. Le tribunal arbitral peut souhaiter consulter les parties à ce propos.

b) Vaut-il mieux tenir une série continue d'audiences ou des séries d'audiences séparées ?

76. Les attitudes diffèrent quant à la question de savoir s'il vaut mieux tenir une série continue d'audiences ou des séries d'audiences séparées, en particulier lorsque l'on s'attend à ce que les audiences durent plusieurs jours. Selon certains arbitres, les audiences doivent normalement se dérouler en une seule période, même si elles doivent durer plus d'une semaine. D'autres arbitres, en pareil cas, ont tendance à prévoir plusieurs séries d'audiences. Dans certains cas, les questions à trancher sont séparées et une série d'audiences est prévue pour chaque question, le but étant que la présentation orale de ces questions soit achevée dans les délais fixés. Une série continue d'audiences a des avantages : elle entraîne de moindres frais de déplacement, le souvenir des débats ne s'estompe pas, et il est peu probable que les représentants d'une partie changent en cours de route. D'un autre côté, plus la série est longue, plus il est difficile de trouver des dates rapprochées acceptables pour tous les participants. Enfin des séries séparées d'audiences sont plus faciles à planifier, les séries subséquentes pouvant être organisées en fonction de l'évolution de l'affaire; de plus, les périodes entre les séries d'audiences permettent d'analyser les dossiers et facilitent les négociations entre les parties en vue de rapprocher leurs points de vue sur les questions à régler.

c) Fixation de dates pour les audiences

77. En général, les dates fixées pour les audiences sont fermes. Exceptionnellement, le tribunal arbitral peut souhaiter adopter des dates provisoires, par exemple lorsque tous les renseignements nécessaires pour programmer les audiences ne sont pas encore disponibles, étant entendu que les dates provisoires seront soit confirmées, soit modifiées dans un délai raisonnablement court. Une telle planification provisoire peut être utile pour les participants qui ne sont généralement pas disponibles à bref délai.

d) Devrait-il y avoir une limite globale quant au temps dont disposera chaque partie pour présenter des exposés oraux et interroger des témoins ?

78. Certains arbitres estiment utile de limiter le temps global alloué à chaque partie pour : *a)* faire des déclarations orales, *b)* interroger ses témoins, et *c)* interroger les témoins de l'autre partie ou des autres parties. En général, on considère qu'il convient d'allouer le même temps à chaque partie, à moins que le tribunal arbitral ne considère qu'une solution différente est justifiée. Avant de trancher, le tribunal arbitral peut souhaiter consulter les parties pour savoir de combien de temps elles pensent avoir besoin.

79. Un tel calendrier, à condition d'être réaliste, équitable et soumis à un contrôle judicieusement ferme de la part du tribunal arbitral, permettra aux parties de mieux préparer la présentation des divers éléments de preuve et déclarations, réduira le risque de manquer de temps vers la fin des audiences, et évitera que l'une des parties n'utilise inéquitablement un temps excessif.

e) Ordre dans lequel les parties présenteront leurs arguments et leurs preuves

80. Les règlements d'arbitrage donnent généralement une grande latitude au tribunal arbitral pour déterminer l'ordre des interventions aux audiences. Cela étant entendu, les pratiques diffèrent, en ce qui concerne par exemple l'audition ou non des déclarations liminaires ou récapitulatives ainsi que leur degré de détail; l'ordre dans lequel le requérant et le défendeur présenteront leurs déclarations liminaires, leurs arguments, leurs témoins et d'autres preuves; et la question de savoir qui, du requérant ou du défendeur, doit avoir le dernier mot. Etant

donné ces différences, ou lorsque aucun règlement d'arbitrage ne s'applique, le tribunal arbitral ne pourra que promouvoir l'efficacité de la procédure s'il précise avant les audiences, d'une manière générale tout au moins, la manière dont il mènera les audiences.

f) Durée des audiences

81. La durée d'une audience dépend avant tout de la complexité des questions à débattre et du nombre de témoignages d'experts à présenter. Elle dépend aussi du style de procédure utilisé dans l'arbitrage. Certains praticiens préfèrent que les preuves et arguments écrits soient présentés avant les audiences, qui peuvent ainsi être limitées aux questions qui n'auront pu être suffisamment clarifiées. Ils ont tendance en général à planifier des audiences plus courtes que ceux qui préfèrent que la plupart, sinon la totalité, des arguments et éléments de preuves soient présentés au tribunal arbitral oralement et dans tous les détails. Afin de faciliter la préparation des parties et d'éviter tout malentendu, le tribunal arbitral pourra souhaiter préciser aux parties, avant les audiences, l'utilisation prévue du temps disponible et la manière dont il dirigera les audiences.

g) Dispositions relatives à l'établissement d'un procès-verbal des audiences

82. Le tribunal arbitral doit décider, si possible après avoir consulté les parties, de la méthode qui sera retenue pour établir un procès-verbal des déclarations et témoignages faits oralement pendant les audiences. 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 et témoignages faits oralement. Lorsqu'un secrétaire de tribunal arbitral a été nommé, il est possible aussi de lui confier la préparation du procès-verbal. Une autre méthode encore, utile mais coûteuse, consiste à charger des sténographes professionnels d'établir des procès-verbaux in extenso, souvent pour le lendemain ou dans un délai très bref. Le procès-verbal peut être accompagné d'un enregistrement sur bandes, auquel on pourra se référer en cas de désaccord sur le procès-verbal.

83. Si l'on prévoit d'établir des procès-verbaux, on peut étudier comment les auteurs des déclarations pourront en vérifier l'exactitude. Par exemple, on pourra déterminer que les rectificatifs éventuels devront être approuvés par les parties ou, à défaut d'un tel accord, seront soumis au tribunal arbitral qui tranchera.

h) Possibilité pour les parties de soumettre des notes résumant leurs exposés oraux et moment de la remise de ces notes

84. Certains avocats ont pour habitude de soumettre au tribunal arbitral et à l'autre partie ou aux autres parties des notes résumant leurs exposés oraux, généralement pendant l'audience ou peu après. Dans certains cas, ces notes sont envoyées avant l'audience. Afin d'éviter des surprises, d'assurer l'égalité de traitement des parties et de faciliter la préparation des audiences, il est souhaitable de préciser à l'avance si la remise de telles notes est acceptable et à quel moment elle pourra se faire.

85. Avant de décider de clore les audiences, le tribunal arbitral s'assurera normalement qu'il n'y a plus de preuves à proposer ou de déclarations à faire. Par conséquent, si des notes doivent être présentées après la clôture des audiences, le tribunal arbitral pourra juger utile d'insister sur le fait qu'elles ne devraient donner qu'un résumé de ce qui a été dit et qu'elles ne devraient pas, en particulier, contenir de nouveaux éléments de preuves ou de nouveaux arguments.

18. Arbitrage multipartite

86. Lorsqu'un arbitrage unique fait intervenir plus de deux parties (arbitrage multipartite), les considérations quant à la nécessité d'organiser la procédure et les questions à examiner à ce propos sont dans l'ensemble les mêmes que dans un arbitrage bipartite. Toutefois, étant donné qu'il faut traiter avec plus de deux parties, une procédure multipartite peut être plus complexe à gérer qu'une procédure bilatérale. Même si l'arbitrage multipartite est sans doute plus complexe, l'aide-mémoire peut être utilisé tant pour une procédure pluripartite que pour une procédure multipartite.

87. En effet, en cas d'arbitrage multipartite, les questions suivantes, notamment, seront plus difficiles à traiter : flux de communications entre les parties et le tribunal arbitral (voir ci-dessus, par. 33, 34 et 38 à 41); si des questions doivent être tranchées à des moments différents, ordre des décisions (par. 44 et 45); manière dont les parties participeront à l'audition de témoins (par. 63); nomination d'experts et participation des parties à l'examen de leur rapport (par. 70 à 72); calendrier des audiences (par. 76); ordre dans lequel les parties présenteront leurs arguments et leurs preuves aux audiences (par. 80).

88. L'aide-mémoire, qui se limite à souligner les questions que l'on pourra examiner lors de l'organisation de la procédure arbitrale en général, ne traite pas de la rédaction de la convention d'arbitrage ni de la constitution des tribunaux d'arbitrage, sujets qui posent des problèmes particuliers à l'arbitrage multipartite.

19. Conditions éventuelles à remplir pour le dépôt ou la remise de la sentence

89. Certaines lois nationales exigent que les sentences arbitrales soient déposées ou enregistrées auprès d'un tribunal ou d'une autorité similaire, ou qu'elles soient remises d'une manière particulière ou par l'intermédiaire d'une autorité particulière. Ces lois diffèrent en ce qui concerne, par exemple, le type de sentence auquel les conditions s'appliquent (par exemple, toutes les sentences ou seulement les sentences non rendues sous les auspices d'une institution arbitrale); les délais de dépôt, d'enregistrement ou de remise de la sentence (dans certains cas, ces délais peuvent être assez courts); ou les conséquences du non-respect des conditions (par exemple, l'invalidité de la sentence ou l'impossibilité de l'exécuter d'une manière particulière).

Qui devra faire le nécessaire pour que les conditions soient remplies ?

90. Lorsque de telles conditions existent, il est utile, quelque temps avant que la sentence soit prononcée, de prévoir qui devra faire le nécessaire pour qu'elles soient remplies et comment les coûts y relatifs seront répartis.

III. COMPTES RENDUS ANALYTIQUES DES SÉANCES DE LA COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL CONSACRÉES À LA PRÉPARATION DU PROJET DE LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR CERTAINS ASPECTS JURIDIQUES DE L'ÉCHANGE DE DONNÉES INFORMATISÉES (EDI) ET DES MOYENS CONNEXES DE COMMUNICATION ET DU PROJET D'AIDE-MÉMOIRE SUR L'ORGANISATION DES PROCÉDURES ARBITRALES

Compte rendu analytique de la 583e séance

Mardi 28 mai 1996, à 10 h 30

[A/CN.9/SR.583]

Président provisoire : M. CORELL
(Secrétaire général adjoint, Conseiller juridique)

Présidente : Mme PIAGGI de VANOSI (Argentine)

La séance est ouverte à 11 heures.

OUVERTURE DE LA SESSION

1. Le PRÉSIDENT PROVISOIRE dit que la décision de déplacer le Service du droit commercial international de New York à Vienne en 1979 témoigne d'un certain manque d'intelligence administrative. Un groupe d'experts a procédé à une étude d'efficacité et conclu que le Service devait retourner au Siège mais les avantages de ce déplacement ne se traduiraient pas par des économies à court terme. Après avoir étudié la question avec le Secrétaire général adjoint à l'administration et à la gestion, il est devenu évident qu'un nouveau déplacement n'était pas réaliste et que l'erreur de 1979 serait difficile à rattraper.

2. Depuis sa création en 1966, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) s'est fait remarquer par d'étonnants succès qui ont attesté l'utilité de son rôle non seulement comme organe juridique central des Nations Unies en matière de droit commercial international, mais aussi comme chef de file de la codification et de l'harmonisation du droit commercial international en général. Les travaux intensifs que la Commission et son secrétariat consacrent à l'élaboration de textes juridiques ont pour complément le programme de formation et d'assistance technique que réalise le secrétariat. Ce programme, qui est réalisé au bénéfice des pays en développement et des pays en transition, prévoit des activités d'information destinées à faire mieux connaître les conventions commerciales internationales, les lois types et autres grands textes juridiques, et à fournir une assistance technique aux États Membres qui s'efforcent de réformer leur législation commerciale et d'adopter les textes de la CNUDCI.

3. Les gouvernements, les milieux d'affaires nationaux et internationaux et les organismes d'aide multilatéraux et bilatéraux s'attachent de plus en plus à améliorer le cadre juridique du commerce international et des investissements. Ce qui oblige à veiller à la coordination des travaux avec les organismes multilatéraux et bilatéraux qui offrent leur aide dans le domaine de la réforme du droit commercial, afin d'éviter des situations telles que cette assistance conduirait à l'adoption de législations nationales ne répondant pas aux normes convenues sur le plan international, par exemple celles des conventions et des lois type adoptées par la Commission.

4. Le secrétariat de la CNUDCI s'efforce de renforcer la coordination avec les institutions multilatérales de financement, comme celles qui relèvent du système des Nations Unies. Les États Membres devraient travailler en collaboration étroite avec lui de sorte que les conventions et les lois type élaborées par la CNUDCI soient dûment prises en considération dans ce travail. Le Président temporaire invite tous les donateurs à favoriser les activités d'assistance technique et à verser des contributions volontaires au Fonds d'affectation spéciale de la CNUDCI pour les colloques.

5. L'Organisation des Nations Unies a entamé sa cinquante et unième année d'existence, sous la menace d'une crise financière sans précédent causée par le défaut de paiement de cotisations pourtant échues. La décision qu'a prise l'Assemblée générale d'adopter un budget à croissance zéro aura une incidence sur tous les organes, quelle que soit leur taille, et il faut s'attendre à une réduction du service des séances, c'est-à-dire à une limitation des documents et des services de traduction. On peut être certain toutefois que le secrétariat de la CNUDCI sera à même de fournir comme par le passé les services de grande qualité sur lesquels la Commission a toujours pu compter.

6. Attirant l'attention des membres sur les principales questions qui seront abordées au cours de la session, le Président temporaire indique que la première version du projet d'Aide-mémoire sur l'organisation des procédures arbitrales a été examinée à un certain nombre de conférences consacrées à l'arbitrage, notamment au Congrès international sur l'arbitrage organisé par le Conseil international de l'arbitrage commercial à Vienne, en novembre 1994. À sa vingt-huitième session, la Commission a adopté un certain nombre de décisions sur ce projet. Ces décisions trouvent leur reflet dans la nouvelle version et il faut espérer que la Commission pourra achever l'élaboration du texte avant la fin de sa session.

7. En 1995, la Commission a adopté les articles premier et 3 à 11 du projet de loi type sur certains aspects juridiques de l'échange de données informatisées et des moyens connexes de communication. À la session qui commence, elle doit achever l'examen du texte et procéder à l'adoption des projets d'articles 2 et 12 à 14. Elle doit également examiner et adopter le guide pour l'incorporation dans les législations nationales de la Loi type. Même sous sa forme provisoire, ce texte sert déjà de base aux accords en matière de communication entre usagers de moyens électroniques. Le projet est également pris en considération par les États qui révisent leur législation nationale pour l'adapter aux besoins du commerce électronique.

8. La Commission aura également l'occasion d'examiner et d'adopter les dispositions élaborées par le Groupe de travail de l'échange de données informatisées pour incorporation à la Loi type, afin de régler le problème du remplacement des documents de transport traditionnels, comme les connaissements maritimes, par des messages électroniques.

9. Outre les projets de textes dont elle est saisie, la Commission devra examiner les rapports sur les travaux qu'elle pourrait consacrer aux projets de construction-exploitation-transfert (CET) et l'état d'avancement des travaux des groupes de travail à qui ont été confiées les questions du financement par cession de créances et des aspects transnationaux de l'insolvabilité, sans compter les questions concernant la formation et l'assistance technique.

ÉLECTION DU BUREAU

10. M. ABASCAL (Mexique) propose la candidature de Mme Piaggi de Vanossi (Argentine) au poste de Président.

11. M. GRIFFITH (Australie) appuie cette proposition.

12. *Mme PIAGGI de VANOSSI (Argentine) est élue Présidente par acclamation.*

13. *Mme PIAGGI de VANOSSI (Argentine) prend la présidence.*

ADOPTION DE L'ORDRE DU JOUR

14. *L'ordre du jour est adopté.*

15. M. HERRMANN (Secrétaire de la Commission) attire l'attention des membres sur la résolution 50/206 A de l'Assemblée générale, qui traite de l'utilisation optimale des services de conférence.

ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL : PROJET D'AIDE-MÉMOIRE SUR L'ORGANISATION DES PROCÉDURES ARBITRALES (A/CN.9.423)

16. M. SEKOLEC (Service du droit commercial international), présentant le projet d'Aide-mémoire sur l'organisation des procédures arbitrales (A/CN.9.423) déclare que l'on trouve dans ce projet le reflet des débats dont le projet de Directives pour les conférences préparatoires dans le cadre des procédures arbitrales (A/CN.9/396/Add.1) a fait l'objet et qui ont permis de dégager quatre principes : d'abord, le texte ne doit rien retrancher à la souplesse de la procédure arbitrale; en deuxième lieu, il doit éviter d'imposer d'autres exigences que celles que prévoient déjà les lois, règles ou pratiques existantes; en troisième lieu, le fait qu'il n'est pas tenu compte de l'Aide-mémoire dans une procédure ne signifie pas que la procédure est irrégulière; enfin, au contraire d'autres textes juridiques, l'Aide-mémoire ne vise pas à harmoniser des procédures mais plutôt à offrir aux praticiens un instrument de gestion et de planification.

17. Outre les travaux que leur a consacrés la CNUDCI, les Directives ont été étudiées par diverses autres instances internationales, notamment le XIIe Congrès international de l'arbitrage, tenu à Vienne en novembre 1994 par le Conseil international de l'arbitrage commercial. L'Aide-mémoire reprend l'économie des Directives, mais on y retrouve les modifications qui ont été proposées à la fois par la Commission et par d'autres organismes.

18. M. HOLTZMANN (États-Unis d'Amérique) remercie le secrétariat d'avoir réussi à incorporer dans le texte révisé du projet d'Aide-mémoire les propositions présentées à la session précédente.

19. M. GRIFFITH (Australie), M. ABASCAL (Mexique), M. GOH (Singapour), M. LEBEDEV (Fédération de Russie) et M. HUNTER (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord) déclarent que puisque le projet d'Aide-mémoire a été élaboré avec tant de soin, on pourrait peut-être l'examiner section par section et non paragraphe par paragraphe.

20. M. ZHANG Yyqing (Chine) et M. CHOUKRI (Observateur du Maroc) déclarent préférer l'examen paragraphe par paragraphe.

21. M. TELL (France), M. RAO (Inde) et Mme FERNANDEZ de GURMENDI (Argentine) expriment leur préférence pour un examen section par section, à condition que les délégations aient l'occasion de présenter des commentaires sur toutes les dispositions du projet.

22. La PRÉSIDENTE déclare que la Commission examinera l'Aide-mémoire section par section mais procédera à un examen paragraphe par paragraphe chaque fois que cela paraîtra nécessaire.

Paragraphe 1

23. *Le paragraphe 1 est adopté.*

Paragrapnes 2 et 3

24. M. ZHANG Yuqinq (Chine) fait observer que le projet d'Aide-mémoire traite des normes de la procédure arbitrale plutôt que de lois d'application pratique et qu'il n'a pas force obligatoire. Le fait que l'on puisse ne pas en tenir compte, et que donc le temps et l'énergie qu'on lui a consacrés puissent être perdus, est particulièrement regrettable en période d'austérité financière. Peut-être ce projet d'Aide-mémoire pourrait-il devenir un additif à la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international.

25. M. ABASCAL (Mexique), M. LEBEDEV (Fédération de Russie), M. HUNTER (Royaume-Uni), M. RAO (Inde) et Mme FERNANDEZ de GURMENDI (Argentine) expriment l'espoir que la publication du projet d'Aide-mémoire ne sera pas retardée et que la communauté internationale pourra bientôt en tirer profit.

26. M. LEBEDEV (Fédération de Russie) insiste sur le caractère non contraignant des recommandations qui figurent dans le projet d'Aide-mémoire. L'utilité de ces recommandations tient à ce qu'elles offrent des exemples de questions pratiques qui peuvent se présenter dans le contexte de l'arbitrage commercial international et qu'elles donnent des directives générales tant aux arbitres qu'aux parties. La proposition de la Chine tendant à donner un caractère plus contraignant à l'Aide-mémoire est intéressante mais elle n'est pas facile à mettre en application, car les procédures d'arbitrage diffèrent d'un pays à l'autre, voire d'un arbitre à l'autre.

27. M. RAO (Inde) dit que même si l'Aide-mémoire n'a pas force obligatoire, il tire son utilité du fait que les arbitres peuvent l'appliquer au cas par cas.

28. M. FERRARI (Italie) dit que le paragraphe 2 détermine le caractère non obligatoire de l'Aide-mémoire et que le paragraphe 3 précise qu'il ne saurait faire office de règlement d'arbitrage. La délégation italienne propose donc que les directives soient qualifiées dans le projet, non pas de «règles», mais de «suggestions».

29. M. CHOUKRI (Observateur du Maroc) dit que le caractère non impératif de l'Aide-mémoire, explicité par le paragraphe 2, soulève la question de savoir si les tribunaux ou les arbitres sont tenus d'accepter les directives qu'il contient si les parties en cause sont déjà convenues entre elles de s'y soumettre.

30. M. SEKOLEC (Service du droit commercial international) répond que même si les parties se sont entendues sur l'applicabilité de l'Aide-mémoire, cet accord n'impose aucune obligation au tribunal arbitral.

31. M. ABASCAL (Mexique) pense que la nature de l'Aide-mémoire serait plus claire si le paragraphe 3, où il est dit qu'il ne saurait faire office de règlement d'arbitrage, précédait le paragraphe 2.

32. M. ZHANG Yuqinq (Chine) dit que la nature non contraignante de l'Aide-mémoire, pose la question de savoir si celui-ci doit être considéré comme un instrument autonome. Il vaudrait mieux parler de «suggestions» ou de «conseils».

33. La PRÉSIDENTE croit comprendre que les délégations s'entendent sur la nécessité d'achever l'examen du projet d'Aide-mémoire à la session en cours, mais non sur la proposition de la Chine tendant à modifier le titre du document.

34. *Les paragraphes 2 et 3 sont adoptés.*

Paragraphes 4 et 5

35. M. HUNTER (Royaume-Uni) dit que le terme «*arbitration rules*» qui figure à la première phrase de la version anglaise du paragraphe 4 peut donner à penser qu'il s'agit seulement des règles institutionnelles ou des règles publiées, comme la le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI alors que ce paragraphe vise en fait à couvrir toutes les règles sur lesquelles les parties à la procédure se seraient entendues. La délégation britannique propose donc de remplacer le terme en cause par «règles régissant la procédure (qu'elle soit institutionnelle ou non)».

36. M. TELL (France) dit que le terme «*législation*» employé dans la première phrase du paragraphe 4 appelle des éclaircissements car les règles choisies par les parties à l'arbitrage ne sont soumises qu'aux règles obligatoires du droit processuel. La délégation française propose de commencer la phrase de la manière suivante : «*Sous réserve des dispositions obligatoires de la législation régissant la procédure arbitrale...*».

37. M. HOLTZMANN (États-Unis d'Amérique) propose de modifier le début du paragraphe de manière qu'il se lise : «*Sous réserve des dispositions de la législation régissant la procédure arbitrale auxquelles les parties ne peuvent déroger*». Cela correspondrait au libellé du paragraphe 2 de l'article 1 du Règlement. Il propose également de supprimer le membre de phrase «*y compris les exigences fondamentales du droit processuel*», qui lui semble inutile et peut soulever des problèmes en se prêtant à des interprétations diverses. La délégation américaine souscrit à la proposition du Royaume-Uni, mais propose de préciser les règles d'arbitrage régissant la procédure.

38. M. ABASCAL (Mexique) pense lui aussi que l'expression «*y compris les exigences fondamentales du droit processuel*» doit disparaître. Il s'inquiète cependant de la proposition française, qui risque de faire croire aux utilisateurs de l'Aide-mémoire que des dispositions non obligatoires ne s'appliquent jamais à une procédure arbitrale.

39. M. HERRMANN (Secrétaire de la Commission) propose de remplacer la première partie de la première phrase du paragraphe 4, avant «*en général*» par le membre de phrase suivant : «*La législation régissant la procédure arbitrale et le règlement d'arbitrage dont les parties peuvent être convenues*», puisque le paragraphe vise seulement à faire valoir la souplesse propre à la procédure arbitrale et non l'encadrement légal de cette procédure.

40. M. LEBEDEV (Fédération de Russie) et M. ABASCAL (Mexique) approuvent la proposition du Secrétaire.

41. M. CHOUKRI (Observateur du Maroc) se déclare en faveur de la proposition américaine tendant à supprimer «*les exigences fondamentales du droit processuel*». Il propose de remplacer ce membre de phrase par «*y compris les exigences les mieux adaptées à la matière du différend*».

42. M. HOLTZMANN (États-Unis d'Amérique), appuyé par M. HUNTER (Royaume-Uni), se félicite de la proposition du Secrétaire et retire sa propre proposition.

43. La PRÉSIDENTE dit que s'il n'y a pas d'objection, elle considérera que la Commission approuve la proposition du Secrétaire.

44. *Le paragraphe 4, tel qu'amendé, et le paragraphe 5 sont adoptés.*

La séance est levée à 13 heures.

Compte rendu analytique de la 584e séance

Mardi 28 mai 1996, à 15 heures

[A/CN.9/SR.584]

Présidente : Mme PIAGGI de VANOSSÌ (Argentine)

La séance est ouverte à 15 h 20.

ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL : PROJET D'AIDE-MÉMOIRE SUR L'ORGANISATION DES PROCÉDURES ARBITRALES (suite) (A/CN.9/423)

Paragraphes 6 et 7

1. M. HOLTZMANN (États-Unis d'Amérique) dit que la Commission a à choisir entre la variante 1 (paragraphe 6) et la variante 2 (paragraphe 7). La délégation américaine pense pour sa part que c'est la variante 2 qu'il faut retenir parce que dans la plupart des cas l'Aide-mémoire servira à l'arbitrage entre deux parties et qu'il n'est pas nécessaire d'étudier la question de la différence entre l'arbitrage entre deux parties et l'arbitrage entre des parties plus nombreuses. La variante 2 renvoie clairement aux cas les moins probables d'arbitrage entre parties multiples et fait bien comprendre que, dans la majorité des autres cas, il est inutile de se pencher sur les notions assez complexes qui figurent dans la variante 1.
2. M. HUNTER (Royaume-Uni), appuyé par M. TELL (France) et M. FERRARI (Italie), déclare que la variante 2 est en effet préférable. La variante 1 est trop détaillée pour figurer dans une partie introductive.
3. M. GRIFFITH (Australie) et M. ABASCAL (Mexique) se prononcent également en faveur de la variante 2.
4. *Le paragraphe 6 est supprimé.*
5. *Le paragraphe 7 est adopté.*

Paragraphes 8 à 10

6. M. HOLTZMANN (États-Unis d'Amérique) propose d'ajouter au paragraphe 9, après «fax ou téléphone-conférence» le terme «ou tout autre moyen électronique» pour se rapprocher des paragraphes 37 et 38 et tenir compte du fait que, dans le monde contemporain, il y a d'autres moyens électroniques que ceux qu'évoque le paragraphe.
7. M. HUNTER (Royaume-Uni) appuie cette proposition.
8. M. CHOUKRI (Observateur du Maroc) indique que dans la version arabe du paragraphe 9, il est question d'une seule réunion, et non pas «une ou plusieurs réunions» et qu'il faut harmoniser les diverses versions.
9. *Les paragraphes 8 à 10, tels qu'amendés, sont adoptés.*

Paragraphes 11 à 14

10. M. HOLTZMANN (États-Unis d'Amérique) pense qu'il serait utile, au paragraphe 14, d'ajouter après «règlement d'arbitrage» le membre de phrase «ou par tout autre disposition convenue entre les parties», puisque celles-ci peuvent avoir entre elles des accords accessoires, ou que peuvent figurer dans leurs accords des conventions d'arbitrage qui pourraient limiter la liberté d'action du tribunal.
11. M. GRIFFITH (Australie) et M. FERRARI (Italie) appuient cette proposition.

12. *Les paragraphes 11 à 14, tels qu'amendés, sont adoptés.*

Paragraphes 15 à 17

13. M. CHOUKRI (Observateur du Maroc) pense qu'il faut supprimer du paragraphe 15 la mention de «l'accord de cette institution», puisque c'est aux parties de choisir le règlement d'arbitrage et que ce n'est pas forcément celui de l'institution considérée qu'elles choisiront.

14. M. SEKOLEC (Service du Droit commercial international) dit que cet aspect de la question a fait l'objet d'un examen prolongé à la session précédente. La référence vise l'accord de l'institution d'arbitrage quant à l'exercice de ses propres fonctions et non la permission qu'il pourrait avoir de suivre son propre règlement. La phraséologie est d'ailleurs tirée du paragraphe 332 du rapport de la Commission sur les travaux de sa 28e session¹.

15. M. HUNTER (Royaume-Uni) dit que l'on pourrait résoudre le problème en disant «pourraient» au lieu de «pourront» car cela couvrirait toutes les éventualités, y compris la question soulevée par l'observateur du Maroc.

16. M. TELL (France) dit que, comme cela a été le cas pour le paragraphe 4, le paragraphe 17 doit être modifié de manière à traduire l'idée que dans certains systèmes juridiques il n'est pas obligatoire que l'arbitrage international soit soumis à la législation nationale.

17. M. SEKOLEC (Service du Droit commercial international) propose le libellé «... sur la base des dispositions de la loi qui peuvent s'appliquer aux procédures d'arbitrage...». Cette formule a l'avantage de couvrir tous les cas possibles, y compris celui où il n'y a pas de loi nationale régissant la procédure d'arbitrage, sans pourtant rendre la situation confuse dans les cas où cette législation existe.

18. M. TELL (France) et M. HUNTER (Royaume-Uni) jugent acceptable ce libellé.

19. *Les paragraphes 15 à 17, tels qu'amendés, sont adoptés.*

Paragraphes 18 à 21

20. M. FERRARI (Italie), se référant au paragraphe 19, dit qu'il faudrait faire disparaître les exemples qui y sont donnés de documents qui n'auraient pas à être traduits ou qui n'auraient à l'être que partiellement, afin de ne pas dissuader les arbitres de faire traduire les dossiers. La phrase se lirait comme suit : «Pour des raisons d'économie, certains documents pourraient ne pas être traduits, ou n'être traduits que partiellement».

21. M. HOLTZMANN (États-Unis d'Amérique) dit qu'il faut faire au paragraphe 20 une distinction entre l'interprétation simultanée et l'interprétation consécutive, puisque le choix de la méthode n'est pas indifférent ni du point de vue du temps, ni du point de vue de la dépense : l'interprétation consécutive est meilleur marché mais elle double le temps des audiences. La question doit être réglée à un stade précoce de la procédure car elle a une incidence sur le calendrier et sur le montant des provisions.

22. M. ABASCAL (Mexique), se référant au paragraphe 19, dit qu'il peut y avoir des conflits dans les cas où l'une des parties a présenté les documents dans une autre langue que celle de la procédure. En tel cas, l'arbitre peut demander à cette partie de fournir une traduction. L'autre partie peut ne pas être satisfaite de la traduction et souhaiter fournir sa propre version. On peut donc proposer de prévoir dans le paragraphe une phrase faisant comprendre que les parties doivent envisager l'éventualité de divergences entre les traductions fournies par les parties ou entre les méthodes de traduction qu'elles proposent. Le libellé définitif doit être laissé au secrétariat.

23. Pour ce qui est du paragraphe 20, la délégation mexicaine appuie la proposition des États-Unis.

¹Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 17 (A/50/17).

24. M. TELL (France), se référant au paragraphe 19, propose de mettre dans la version française «règles de droit» au lieu de «législation» à la troisième phrase.

25. M. FARIDI ARAGHI (République islamique d'Iran), se référant au paragraphe 19, dit que sa délégation appuie la proposition italienne. Quant à la question soulevée par le représentant du Mexique, on peut éviter les conflits si l'on parle de «traductions officielles» puisque ce terme signifie que les traductions sont faites par des personnes agréées.

26. M. GRIFFITH (Australie) dit que sa délégation ne s'oppose pas à ce que l'on modifie la dernière phrase du paragraphe 19 de manière qu'elle se lise «Certains documents pourraient ne pas être traduits, ou n'être traduits que partiellement».

27. M. CHOUKRI (Observateur du Maroc) est contre la suppression des exemples donnés au paragraphe 19. Par contre, il souhaiterait voir disparaître le terme «commentaires» qui figure avant la dernière parenthèse, car c'est un terme trop général.

28. M. FERRARI (Italie) dit que l'observation du représentant du Mexique portait non seulement sur les conflits de traductions et d'interprétations, mais aussi sur des questions plus générales, comme celle des dires d'experts présentés par les parties.

29. La PRÉSIDENTE propose de reprendre l'examen de la proposition mexicaine à une séance ultérieure. Elle croit comprendre que la Commission souhaite supprimer du paragraphe 19 les passages qui se trouvent entre parenthèses, comme l'a proposé le représentant de l'Italie.

30. *Il en est ainsi décidé.*

31. *Les paragraphes 18, 20 et 21 sont adoptés.*

Paragraphes 22 à 24

32. M. GRIFFITH (Australie), se référant au paragraphe 23, propose de changer «services d'appui» par «services administratifs».

33. M. HOLTZMANN (États-Unis d'Amérique) ne peut accepter cette proposition car, dans le contexte de l'arbitrage, on appelle généralement services administratifs les services fournis par l'institution d'arbitrage, alors que les services d'appui comprennent les services d'un conseil local, les services de secrétariat et toute une série de prestations qui ne relèvent pas des compétences d'une institution d'arbitrage.

34. M. GRIFFITH (Australie) retire sa proposition.

Les paragraphes 22 à 24 sont adoptés.

Paragraphes 25 à 28

35. M. ABASCAL (Mexique) dit que la deuxième phrase du paragraphe 25, qui commence par «Lorsque des parties ont soumis leur litige...» doit être modifiée : les parties ne soumettent pas leur affaire à une institution d'arbitrage, mais à des procédures d'arbitrage supervisées par une institution.

36. M. HOLTZMANN (États-Unis d'Amérique) approuve les propos du représentant du Mexique. Peut-être pourrait-on commencer la phrase ainsi : «Quand une institution d'arbitrage est saisie d'une affaire...».

37. M. CHOUKRI (Observateur du Maroc) dit que comme il est coûteux d'engager un secrétaire, on pourrait préciser au paragraphe 26 que les parties devraient engager un secrétaire pour assurer le service administratif du tribunal.

38. M. HUNTER (Royaume-Uni) dit que le libellé des deux dernières phrases du paragraphe 28 penche trop dans le sens de ceux qui pensent que les fonctions d'un arbitre peuvent être déléguées au secrétaire du tribunal. Dans les milieux internationaux, l'opinion générale est que le tribunal d'arbitrage ne doit pas déléguer son pouvoir de décision essentiel. Le Royaume-Uni propose donc d'ajouter à la fin du paragraphe la phrase suivante : «Cependant, on reconnaît en général qu'il est important de veiller à ce que le secrétaire n'usurpe pas la fonction décisive du tribunal d'arbitrage».

39. M. HOLTZMANN (États-Unis d'Amérique), appuyé par M. ABASCAL (Mexique), se félicite de la proposition du Royaume-Uni.

40. M. SANDOVAL LÓPEZ (Chili) dit que sa délégation ne voit pas la nécessité de l'amendement proposé puisque les fonctions de secrétaire seront assumées sous l'autorité du tribunal et que le premier ne sera pas à même d'usurper les fonctions du second.

41. M. GRIFFITH (Australie) propose de supprimer les deux dernières phrases du paragraphe 28 et de mettre à la place une phrase brève soulignant que le secrétaire ne doit jamais usurper les fonctions du tribunal.

42. M. TELL (France) appuie la proposition du Royaume-Uni.

43. M. HERRMANN (Secrétaire de la Commission) dit que puisque le secrétaire accomplit ses fonctions sous la supervision du tribunal, comme il est dit au paragraphe 27, il faut préciser aussi au paragraphe 28 que si certaines tâches peuvent être déléguées au secrétaire, elles ne doivent jamais comporter des fonctions de décision. Il propose donc d'utiliser un terme plus neutre à la place d'«usurper», comme «assumer» ou «exercer».

44. La PRÉSIDENTE dit que s'il n'y a pas d'objections, elle considérera que la Commission laisse au secrétariat le soin de trouver le libellé voulu pour le paragraphe 28.

45. *Il en est ainsi décidé.*

46. *Les paragraphes 25 à 28, tels qu'amendés, sont adoptés.*

Paragraphes 29 à 31

47. M. LEBEDEV, se référant au paragraphe 30, qui traite de la gestion des provisions, propose d'insérer à la fin de la deuxième phrase la clause : «compte tenu de la nature de ces provisions», pour couvrir les situations où, par exemple, les provisions sont exonérées d'impôt.

48. La PRÉSIDENTE dit que s'il n'y a pas d'autres observations, elle considérera que la Commission souhaite adopter les paragraphes 29 à 31 dans leur version d'origine.

49. *Les paragraphes 29 à 31 sont adoptés.*

Paragraphes 32 et 33

50. M. CHOUKRI (Observateur du Maroc), se référant au paragraphe 33, qui traite de la confidentialité, propose de supprimer la mention de l'identité des arbitres et de la teneur de la sentence. L'identité des arbitres est en général une information du domaine public et la sentence est un aspect de la juridiction; il ne faudrait pas encourager les parties à garder confidentielles ce genre d'affaires.

51. M. GRIFFITH (Australie) dit que la première phrase du paragraphe 32 aurait donné à entendre que la confidentialité est un aspect essentiel de l'arbitrage, ce qui n'est pas vrai dans toutes les juridictions. L'Aide-mémoire devrait expliquer en termes généraux que la question de la confidentialité doit être réglée expressément entre les parties ou par le règlement d'arbitrage applicable, mais qu'en l'absence de règle expresse, les parties ne doivent pas présumer qu'elles sont censées respecter la confidentialité. Les parties doivent réfléchir à la question avant que ne commence l'arbitrage et s'accorder si elles le souhaitent sur des dispositions précises de confidentialité.

52. M. HUNTER (Royaume-Uni) pense lui aussi que l'Aide-mémoire doit encourager les parties à s'interroger sur la nécessité de la discrétion.

53. M. HOLTZMANN (États-Unis d'Amérique) pense également que les parties doivent être informées du fait que la confidentialité n'est pas nécessairement garantie et qu'elles doivent s'accorder sur ce point. Il propose de créer un petit groupe de rédaction qui réglerait la question. En attendant, on devrait suspendre le débat sur ce point.

54. M. HERRMANN (Secrétaire de la Commission) dit qu'il serait utile que la Commission donne des orientations plus précises sur cette question de confidentialité, qui au premier plan dans les milieux de l'arbitrage. Pour l'instant cependant, il suffirait d'indiquer qu'en l'absence de règle expresse de confidentialité, les parties ne doivent pas présumer qu'il y a une confidentialité implicite que tous les tribunaux de toutes les juridictions reconnaissent. Si les parties souhaitent qu'un accord intervienne sur ce point, elles doivent procéder selon les directives données au paragraphe 33.

55. La PRÉSIDENTE dit que le secrétariat établira la version finale du paragraphe 33.

56. *Les paragraphes 32 et 33 sont adoptés.*

Paragraphes 34 et 35

57. *Les paragraphes 34 et 35 sont adoptés.*

Paragraphes 36 à 38

58. M. FERRARI (Italie) dit que sa délégation est contre les connotations négatives de la télécopie que l'on trouve au paragraphe 36. Il propose de supprimer le paragraphe, ou de lui donner un nouveau libellé.

59. M. HOLTZMANN (États-Unis d'Amérique), approuvant ce que vient de dire le représentant de l'Italie, propose de modifier ainsi la phrase du paragraphe 36 : «La télécopie offre de nombreux avantages par rapport aux moyens traditionnels de communication». La phrase suivante commencerait par : «Il est néanmoins conseillé...» et se poursuivrait par le libellé actuel. M. Holtzmann propose en outre de supprimer «Compte tenu de ces considérations» à la phrase suivante et de laisser la suite du paragraphe telle quelle. Ainsi, le paragraphe approuverait l'utilisation de la télécopie, mais ferait également état des précautions qu'il faut prendre avec ce type de matériel.

60. M. ABASCAL (Mexique) approuve la proposition des États-Unis et propose de supprimer, pour éviter toute confusion, la partie de la première phrase qui se lit : «Il est conseillé de vérifier si le matériel utilisé offre des garanties satisfaisantes».

61. M. GRIFFITH (Australie) dit que le paragraphe devrait être aussi bref que possible pour éviter toute confusion, et encourager, et non décourager, l'utilisation de la télécopie. Il propose de laisser au secrétariat le soin de parachever la rédaction du paragraphe 36.

62. M. TELL (France) appuie la proposition de l'Italie et se déclare lui aussi pour la suppression de la deuxième partie de la première phrase et de la deuxième phrase.

63. Se référant au paragraphe 38, il ajoute que le membre de phrase «afin d'éviter tout problème technique» risque d'induire en erreur dans la mesure où ce paragraphe ne donne aucune indication sur la manière d'éviter ces difficultés.

64. M. ABASCAL (Mexique) dit que si l'on conserve le paragraphe 36, il optera pour le libellé proposé par la délégation américaine pour la première phrase, qui lui semble plus positif à l'égard de la télécopie.

65. M. HUNTER (Royaume-Uni) dit que puisque l'utilisation de la télécopie soulève des problèmes particuliers, il faut justement éviter de supprimer le paragraphe 36. La délégation britannique approuve le libellé

proposé par la délégation américaine. Elle pense avec celle du Mexique que la deuxième phrase devrait être supprimée et propose que le secrétariat révise la troisième phrase.

66. M. FERRARI (Italie) pense lui aussi qu'il faudrait donner une tournure plus positive à la première phrase du paragraphe 36.

67. M. TELL (France) fait siennes les observations des représentants du Mexique et de l'Italie en ajoutant que si l'on conserve la deuxième phrase il sera inopportun de mettre en garde contre l'utilisation de la télécopie pour certains documents.

68. La PRÉSIDENTE dit que le paragraphe 36 sera remanié de la manière voulue et que la version anglaise révisée sera mise à la disposition des membres à la séance suivante.

69. *Les paragraphes 36 à 38, tels qu'amendés, sont adoptés.*

Paragraphes 39 à 42

70. *Les paragraphes 39 à 42 sont adoptés.*

Paragraphe 43

71. M. HOLTZMANN (États-Unis d'Amérique) propose d'ajouter à la fin du paragraphe l'alinéa suivant : «Voie selon laquelle les communications seront présentées, par exemple sur papier ou par voie électronique, ou les deux (voir aussi par. 36 à 38)».

72. M. GRIFFITH (Australie) pense qu'il est déjà implicite que les communications peuvent être faites par voie électronique. De surcroît, le libellé choisi pour ce nouvel alinéa ne sied pas tout à fait au reste du paragraphe.

73. M. FERRARI (Italie) appuie la proposition des États-Unis.

74. M. HOLTZMANN (États-Unis d'Amérique) dit qu'il faut que le texte reconnaisse que les moyens électroniques sont de plus en plus facilement disponibles. Il suffirait que le secrétariat procède aux modifications nécessaires.

75. La PRÉSIDENTE dit que le paragraphe sera remanié.

76. *Le paragraphe 43, tel qu'amendé, est adopté.*

La séance est levée à 18 heures.

Compte rendu analytique de la 585e séance

Mercredi 29 mai 1996, à 10 heures

[A/CN.9/SR.585]

Présidente : Mme PIAGGI de VANOSI (Argentine)

La séance est ouverte à 10 h 15.

ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL : PROJET D'AIDE-MÉMOIRE SUR L'ORGANISATION DES PROCÉDURES ARBITRALES (*suite*) (A/CN.9/423)

Paragraphes 44 à 47

1. M. HOLTZMANN (États-Unis d'Amérique) propose d'ajouter à la fin du paragraphe 40 une phrase qui se lirait comme suit : «La définition des questions à régler qu'exigent certains règlements d'arbitrage ou accords entre les parties permet d'obtenir le même résultat.»
2. M. TELL (France) dit que la pratique d'énumérer les points à régler dont il est question au paragraphe 44 tend à tomber en désuétude parmi les praticiens. Il propose d'ajouter aux inconvénients dont le texte fait mention «le risque d'une objection *ultra petita* ou *infra petita*».
3. M. ABASCAL (Mexique) se dit en faveur de la proposition américaine et de la proposition française.
4. M. TELL (France) dit que dans la version française du paragraphe 47, il faudrait remplacer «recours» par «action».
5. M. SANDOVAL LÓPEZ (Chili) dit que la version espagnole présente le même problème et qu'il faudrait y remplacer «*acción*» par les mots «*reparación*» et «*remedio*».
6. M. ABASCAL (Mexique), appuyé par la PRÉSIDENTE, dit que dans la mesure où le mot «*acción*» a un sens technique précis dans plusieurs pays d'Amérique latine, il serait peut-être mal venu au paragraphe 47.
7. Pour M. SANDOVAL LÓPEZ (Chili), il n'en faut pas moins dire clairement que ce qui est recherché n'est pas toujours un recours ou une réparation mais aussi parfois une décision du tribunal.
8. M. HERRMANN (Secrétaire de la Commission), appuyé par M. ABASCAL (Mexique) et M. TELL (France), propose d'adopter la terminologie que la Commission a utilisée dans d'autres documents où le membre de phrase «*relief or remedy sought*» correspond en français à «l'objet de la demande» et en espagnol à «*el objeto de la demanda*».
9. M. LEBEDEV (Fédération de Russie) constate que le paragraphe 47 semble ne concerner que les revendications du plaignant et non celles de la partie défenderesse et que le secrétariat devrait rendre le texte plus clair en évitant d'utiliser l'expression «*their claims*».
10. M. HOLTZMANN (États-Unis d'Amérique) dit que pour des raisons de clarté et d'usage, il faudrait remplacer le mot «défendeur», qui figure à la fin du paragraphe 46, par «une partie».
11. *Les paragraphes 44 à 47, tels qu'amendés, sont adoptés.*

Paragraphe 48

12. M. GRIFFITH (Australie) propose d'indiquer plus clairement au paragraphe 48 qu'il faut que toutes les parties y consentent pour que soit communiquée à l'arbitre quelque information que ce soit sur les perspectives ou l'état des négociations en vue d'un règlement.
13. M. HERRMANN (Secrétaire de la Commission) rappelle que le but de l'Aide-mémoire n'est pas d'imposer des règles aux parties à un arbitrage, mais d'être plutôt un vademecum pour les arbitres. C'est pourquoi il préférerait conserver à ce paragraphe la tournure minimaliste que lui donne son libellé actuel.
14. M. ABASCAL (Mexique) se demande si la proposition australienne est bien opportune. Certains accords de négociation peuvent exiger des deux parties qu'elles fournissent des informations aux arbitres, alors que

d'autres peuvent aussi bien imposer la confidentialité. La complexité du problème déborde le paragraphe à l'examen.

15. M. HUNTER (Royaume-Uni) dit que devant cette complexité la délégation britannique préfère s'en tenir au minimalisme du texte actuel.

16. *Le paragraphe 48 est adopté.*

Paragraphes 49 à 55

17. M. SANDOVAL LÓPEZ (Chili) propose de déplacer une partie du paragraphe 50 au paragraphe 52, de telle sorte que celui-ci commencerait par : «Le tribunal arbitral voudra peut-être fixer un délai pour la production des documents. En tel cas, les preuves soumises tardivement ne seront pas acceptées».

18. La PRÉSIDENTE croit comprendre que la Commission préfère le texte actuel des paragraphes 49 et 50.

19. M. HOLTZMANN (États-Unis d'Amérique) propose, par souci d'harmonie avec les autres dispositions, de rajouter à l'alinéa *b*) du paragraphe 53 «ou message électronique» après «télécopie».

20. M. TELL (France) dit que sa délégation n'a rien à redire à la proposition américaine, mais que la deuxième partie du paragraphe 53 est à son avis critiquable en ce qu'elle est trop formaliste. Tel qu'il est actuellement libellé, le paragraphe semble encourager les parties à contester la solution des preuves documentaires.

21. La PRÉSIDENTE croit comprendre que la Commission souhaite conserver le paragraphe 53 sous sa forme actuelle, avec l'adjonction proposée par le représentant des États-Unis.

22. M. HOLTZMANN (États-Unis d'Amérique) propose de modifier la dernière phrase du paragraphe 54 pour y mentionner les systèmes de codage numérique.

23. M. HERRMANN (Secrétaire de la Commission) dit qu'il a été expressément question de la numérotation des documents au paragraphe 43. Il se demande si un jeu de documents annexes doit porter une numérotation distincte de celle des documents que les parties utilisent déjà pour la procédure.

24. M. HOLTZMANN (États-Unis d'Amérique) pense que l'on pourrait peut-être élargir le paragraphe 43 de manière à évoquer plus directement la question de la numérotation des documents.

25. M. LEBEDEV (Fédération de Russie) propose de modifier au paragraphe 43 l'alinéa «Système de numérotation des pièces» et de dire plutôt «Système de numérotation des pièces et autres documents».

26. La PRÉSIDENTE croit comprendre que la Commission accepte l'amendement proposé par le représentant de la Fédération de Russie.

27. M. HUNTER (Royaume-Uni) dit que le mot «conclusions» qui figure au paragraphe 55 donne à penser qu'une décision a été prise. La délégation britannique pense donc qu'il faudrait utiliser un terme plus neutre, comme «informations».

28. La PRÉSIDENTE dit que si les membres de la Commission sont d'accord, le mot «*findings*» de la version anglaise sera remplacé par le mot «*information*».

29. *Les paragraphes 49 à 55, tels qu'amendés, sont adoptés.*

Paragraphes 56 à 59

30. M. HOLTZMANN (États-Unis d'Amérique), appuyé par M. HUNTER (Royaume-Uni), se référant au paragraphe 58, propose d'ajouter après «des questions telles que la date» le membre de phrase «les arrangements à prendre pour que toutes les parties aient l'occasion d'être présentes».

31. M. MADRID (Espagne) juge que le libellé actuel du paragraphe 58 suppose déjà que des mesures seront prises pour que les arbitres et une partie aient la possibilité d'être sur place s'il y a inspection.
32. M. HUNTER (Royaume-Uni) dit qu'il n'est pas nécessaire de donner à entendre que le tribunal d'arbitrage est obligé de prendre des «arrangements». Il faut éviter ce terme d'«arrangements». Peut-être l'expression «donner aux parties l'occasion d'être présentes» suffirait-elle.
33. M. HERRMANN (Secrétaire de la Commission) dit qu'au paragraphe 58, la référence aux date et lieu de réunion doit tenir compte des «arrangements» dont la délégation américaine vient de parler. Peut-être pourrait-on modifier le paragraphe et y ajouter «de telle sorte que toutes les parties aient l'occasion d'être présentes».
34. M. HOLTZMANN (États-Unis d'Amérique) accepte la proposition du Secrétaire.
35. *Les paragraphes 56 à 59, tels qu'amendés, sont adoptés.*

La séance est suspendue à 11 h 15; elle est reprise à 11 h 55.

Paragraphes 60 à 69

36. M. HOLTZMANN (États-Unis d'Amérique), appuyé par M. GRIFFITH (Australie) et M. HUNTER (Royaume-Uni), propose d'ajouter après la première phrase du paragraphe 68 une nouvelle phrase ainsi libellée : «Dans ces systèmes juridiques, ces contacts sont normalement interdits dès que le témoin a commencé à déposer».
37. La PRÉSIDENTE demande si cet amendement est nécessaire, puisque la première phrase du paragraphe 68 précise que les entretiens doivent avoir lieu «avant que [les témoins] comparaissent à l'audience».
38. M. CHOUKRI (Observateur du Maroc) propose, dans le même sens que la délégation des États-Unis, d'ajouter à la fin du paragraphe 68, la phrase «Dans certains systèmes juridiques, les parties sont autorisées à rencontrer les témoins avant leur comparution à l'audience».
39. La PRÉSIDENTE constate que la proposition marocaine ne fait que répéter ce qui est dit au début du paragraphe 68.
40. M. CHOUKRI (Observateur du Maroc) dit que ce paragraphe ne couvre pas les cas où les parties sont autorisées à interroger les témoins après que l'audience a commencé, mais avant que les témoins aient déposé.
41. M. HUNTER (Royaume-Uni) pense que la proposition marocaine vise à couvrir le cas où les témoins témoignent avant l'audience sous forme de déposition, et que ce témoignage a été reçu comme pièce d'audience et pris en considération par le tribunal dans sa décision. Ce cas est peut-être trop particulier pour en faire mention dans l'Aide-mémoire. En revanche, celui-ci ne devrait pas donner à penser que cette pratique n'est pas recommandable.
42. La PRÉSIDENTE dit que la situation est déjà couverte par le paragraphe 66 et qu'en parler encore risque d'être source de confusion.
43. M. HOLTZMANN (États-Unis d'Amérique) dit que l'expression «avant que» qui figure à la première phrase du paragraphe 68 n'exprime pas tout à fait l'idée qu'il a souhaité exprimer. Il propose, pour remplacer l'amendement qu'il avait suggéré, que le secrétariat rédige une phrase dans laquelle les parties seraient expressément avisées que dans les systèmes où les témoins peuvent être interrogés avant l'audience, ces contacts sont généralement interdits une fois que leur déposition a commencé.
44. La PRÉSIDENTE déclare que le secrétariat prendra note de la proposition des États-Unis.
45. *Les paragraphes 60 à 69, tels qu'amendés, sont adoptés.*

Paragraphes 70 à 74

46. M. FERRARI (Italie) dit que la question des divergences entre les différents experts, dont il a été question à la session précédente, doit être réglée dans la partie que la Commission est en voie d'examiner.

47. M. LEBEDEV (Fédération de Russie) dit que l'expérience montre que les experts sont souvent incapables d'assumer leurs fonctions si une des parties ne leur fournit pas des informations supplémentaires. C'est pourquoi beaucoup de règlements d'arbitrage précisent que les parties doivent fournir aux experts les documents dont ils ont besoin pour se former une opinion. La Fédération de Russie propose d'ajouter après la deuxième phrase du paragraphe 72 la phrase suivante : «Il peut être utile de prévoir que les parties fourniront à l'expert les documents dont il a besoin pour formuler ses conclusions».

48. M. HERRMANN (Secrétaire de la Commission), répondant à cette proposition, dit que l'Aide-mémoire ne devrait pas préciser si la demande d'informations supplémentaires doit venir directement de l'expert ou doit être transmise par le tribunal, car sur ce point, le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI diffère de sa Loi type sur l'arbitrage commercial international. Il demande au représentant de l'Italie de préciser sa proposition, car l'Aide-mémoire ne peut pas couvrir tous les cas où les experts se contredisent l'un l'autre, parce que la solution de ces divergences dépend à chaque fois des circonstances de l'espèce et fait partie du processus de prise de décision, dont il n'est pas question dans l'Aide-mémoire.

49. La PRÉSIDENTE pense elle aussi que le choix entre des avis d'experts qui diffèrent appartient au juge dans chaque cas. En tout état de cause, la dernière phrase du paragraphe 72 traite fort bien de l'évaluation des rapports d'expertise.

50. M. FERRARI (Italie) dit que cette phrase ne règle pas tout à fait la question car elle figure dans le paragraphe consacré au mandat de l'expert missionné par le tribunal arbitral et non dans le paragraphe consacré à l'expertise présentée par l'une des parties.

51. La PRÉSIDENTE dit que les divergences d'opinion dont il est question peuvent concerner l'une et l'autre catégorie d'experts. En l'absence de propositions plus précises, elle considérera que la Commission souhaite approuver les paragraphes 70 à 74, tels qu'amendés.

52. M. FERRARI (Italie) demande si la question qu'il a soulevée a été réglée.

53. La PRÉSIDENTE dit qu'aucune proposition n'a été faite à ce propos, même pas par la délégation mexicaine qui a soulevé la question à la session précédente.

54. M. ABASCAL (Mexique) explique que le problème qu'il a soulevé concernait les divergences entre versions linguistiques et non les contradictions d'experts.

55. M. FERRARI (Italie) rappelle que la question soulevée par la délégation mexicaine a été reportée justement parce que la délégation italienne avait proposé d'évoquer la question des divergences entre versions linguistiques au moment où serait examinée la questions des contradictions d'experts.

56. La PRÉSIDENTE dit qu'elle doit considérer que la Commission juge les paragraphes à l'examen suffisamment clairs, puisqu'aucun amendement précis n'a été proposé, si ce n'est l'adjonction au paragraphe 72 que souhaitait faire la Fédération de Russie. Pour ce qui est de cette dernière proposition, il lui semble qu'il serait utile de demander aux parties de fournir à l'expert les documents nécessaires à sa mission.

57. M. LEBEDEV (Fédération de Russie) pense comme le Secrétaire de la Commission que le libellé de la phrase qu'il propose d'ajouter doit être très général et se contenter de faire un peu de lumière sur certaines difficultés qui se présentent dans la pratique.

58. *Les paragraphes 70 à 74, tels qu'amendés, sont adoptés.*

Paragraphes 75 à 86

59. M. HOLTZMANN (États-Unis d'Amérique), indiquant qu'il prend la parole sur les conseils d'un groupe de praticiens, propose de rajouter à la fin du paragraphe 76 la phrase suivante : «Le tribunal arbitral peut vouloir consulter les parties sur cette question». À la fin du paragraphe 81, il faudrait également ajouter «ou quand aucun règlement d'arbitrage ne s'applique», après «Etant donné ces différences».

60. *Les paragraphes 75 à 86, tels qu'amendés, sont adoptés.*